

Julián Tole Martínez / Editor

DERECHOS HUMANOS y la ACTIVIDAD EMPRESARIAL en COLOMBIA:

**IMPLICACIONES PARA EL
ESTADO SOCIAL DE DERECHO**



**FORD
FOUNDATION**

Universidad
Externado
de Colombia

DERECHOS HUMANOS Y LA ACTIVIDAD
EMPRESARIAL EN COLOMBIA:
IMPLICACIONES PARA EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

JULIÁN
TOLE MARTÍNEZ
Editor

DERECHOS HUMANOS
Y LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL
EN COLOMBIA: IMPLICACIONES
PARA EL ESTADO SOCIAL
DE DERECHO

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

CON EL APOYO DE LA

FUNDACIÓN FORD BRASIL

Y EL

CONSORCIO LATINOAMERICANO DE POSGRADO EN DERECHOS HUMANOS

Derechos humanos y la actividad empresarial en Colombia: implicaciones para el estado social de derecho / Julián Tole Martínez, editor ; Antonio Moreira Maués [y otros]. – Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2019.

485 páginas ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo.

ISBN: 9789587902044

1. Derechos humanos – Aspectos constitucionales 2. Responsabilidad social de los negocios – Aspectos jurídicos 3. Extractivismo – Aspectos jurídicos 4. Garantías constitucionales 5. Derechos de los indígenas 6. Derechos de los negros 7. Derechos económicos, sociales y culturales I. Tole Martínez, José Julián, editor II. Moreira Maués, Antonio III. Universidad Externado de Colombia IV. Título

323.4

SCDD 21

Catalogación en la fuente – Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. MCGP.

septiembre de 2019

ISBN 978-958-790-204-4

© 2019, JULIÁN TOLE MARTÍNEZ (EDITOR)

© 2019, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: septiembre de 2019

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Óscar Torres Angarita

Composición: Precolombi EU-David Reyes

Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

JULIÁN TOLE MARTÍNEZ	JUAN FRANCISCO DÍEZ SPELZ
ALEX LATTA	LUIS BUSTOS NIÑO
PAULA ROBLEDO SILVA	JIMENA SIERRA-CAMARGO
DANIEL RIVAS-RAMÍREZ	JAIME ARIAS RESTREPO
ALEJANDRO SANTAMARÍA ORTIZ	ÁLVARO TOLEDO ROMERO
ANA MARÍA ORTIZ BALLESTEROS	FELIPE CALDERÓN-VALENCIA
MANUELA LOSADA CHAVARRO	MANUELA ESCOBAR-SIERRA
MAGDALENA CORREA HENAO	ANA LIGIA ESPITIA VEGA
JORGE ERNESTO ROA ROA	NATHALIA ÁVILA ESCOBAR
HÉCTOR WIESNER LEÓN	

CONTENIDO

Agradecimientos	11
Prólogo	13
<i>Antonio Moreira Maués</i>	
Introducción	15
<i>Julián Tole Martínez</i>	

PRIMERA PARTE

TENSIONES CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS EMPRESAS

Capítulo 1. Derechos Humanos y las industrias extractivas: ¿Heracles y la Hidra de Lerna?	21
<i>Alex Latta</i>	
Capítulo 2. Cuando la leyenda de El Dorado se hace realidad: análisis sobre las tensiones entre los intereses económicos y los derechos de los pueblos indígenas	47
<i>Paula Robledo Silva</i> <i>Daniel Rivas-Ramírez</i>	
Capítulo 3. El principio de participación y un enfoque ontológico: una vía para la explotación de recursos naturales con respeto de los pueblos indígenas, más allá de la consulta previa	77
<i>Alejandro Santamaría Ortiz</i>	
Capítulo 4. Derecho fundamental a la consulta previa en comunidades afrocolombianas ubicadas fuera del Pacífico. Un análisis desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional	101
<i>Ana María Ortiz Ballesteros</i> <i>Manuela Losada Chavarro</i>	

Capítulo 5. Derechos Humanos, responsabilidad social empresarial y Principios Ruggie en la jurisprudencia constitucional colombiana	151
<i>Magdalena Correa Henao</i>	
<i>Jorge Ernesto Roa Roa</i>	

SEGUNDA PARTE

LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LA PRÁCTICA.
ALGUNOS EJEMPLOS DE SUS DIFICULTADES

Capítulo 6. Derechos Humanos y su influencia en el ámbito empresarial	197
<i>Juan Francisco Díez Spelz</i>	
<i>Luis Bustos Niño</i>	
Capítulo 7. Los desafíos del Estado constitucional colombiano frente al sistema internacional de arbitraje de inversiones inversionista-Estado: el caso de Marmato (Caldas)	241
<i>Jimena Sierra-Camargo</i>	
Capítulo 8. Implicaciones sociales en la cadena de valor de la gran minería del carbón en Colombia	309
<i>Jaime Arias Restrepo</i>	
<i>Álvaro Toledo Romero</i>	
Capítulo 9. Derechos Humanos y empresa: caso de derechos afectados por productos “detox”	349
<i>Felipe Calderón-Valencia</i>	
<i>Manuela Escobar-Sierra</i>	
Capítulo 10. Responsabilidad social empresarial y Derechos Humanos: el caso de Cerro Matoso en el Departamento de Córdoba, Colombia	401
<i>Ana Ligia Espitia Vega</i>	
<i>Nathalia Ávila Escobar</i>	
Capítulo 11. La actividad empresarial en los conflictos armados y su influencia en los Derechos Humanos: comentarios al caso colombiano	439
<i>Héctor Wiesner León</i>	

AGRADECIMIENTOS

El libro *Derechos Humanos y la actividad empresarial en Colombia: implicaciones para el Estado social de derecho* presenta una serie de reflexiones académicas que han sido construidas desde diversas perspectivas jurídicas y otros ámbitos de las ciencias sociales, las cuales permiten abordar el tema de manera transversal y proporcionan algunas herramientas necesarias para poder enriquecer las discusiones y construir algunos puentes que permitan acercar los Derechos Humanos y las empresas, que, pese a su estrecha relación, no siempre van hacia la misma dirección. Este libro no solo es el resultado del esfuerzo de los autores de los capítulos, sino también de varias instituciones y grupos de personas que hicieron posible que el proyecto de investigación terminara plasmado en esta obra colectiva.

A nuestra casa de estudios, la Universidad Externado de Colombia, muy especialmente a la directora Magdalena Correa Henao y los estudiantes de la línea de investigación de Derechos humanos y empresa (Manuela Losada Chavarro, Paula Valentina Arciniegas, Juana Valentina Ochoa, Paula Lancheros Sánchez, Laura Poveda Rodríguez, Mariana Umaña Ortiz, Sara Sofía Brochet Sierra, Katherine Ortiz Mendivelso, Camila Ramírez Preciado y Harold Pineda Alcalde) del Departamento de Derecho Constitucional, quienes fueron el corazón del proyecto y proporcionaron gran parte de la energía organizativa necesaria para el libro.

También agradecemos al Consorcio Latinoamericano de Posgrado en Derechos Humanos, con el cual hemos trabajado, desde el 2016, una perspectiva comparada de siete países y quince universidades de Latinoamérica para identificar propuestas de regulación nacional para la prevención, control y reparación de los impactos provocados por la cadena productiva minera sobre los derechos humanos. En este Consorcio debemos mencionar de manera particular al profesor Antonio Moreira Maués y la profesora Cristina Terezo, quienes han sido colegas de reflexión durante estos años y han proporcionado un estímulo esencial para continuar con nuevos proyectos de investigación científica en el campo de los derechos humanos. A la Fundación Ford, que patrocinó generosamente el Convenio de cooperación académica del Consorcio y la Universidad Externado, del cual surgió esta compilación.

A todos ellos, mi más profundo agradecimiento y cariño.

JULIÁN TOLE MARTÍNEZ
Editor

PRÓLOGO

Formado por 15 universidades, el Consorcio Latinoamericano de Posgrado en Derechos Humanos viene desarrollando, desde 2016, con el apoyo de la Fundación Ford, el proyecto “Políticas de Regulación de las Empresas Transnacionales por Violaciones a los Derechos Humanos en América Latina”, con el objetivo de identificar, bajo una perspectiva comparada latinoamericana, propuestas de regulación nacional para la prevención, control y reparación de los impactos provocados por las actividades empresariales sobre los derechos humanos, especialmente en la cadena productiva de la minería.

La primera etapa de ese proyecto consistió en la realización de diagnósticos nacionales sobre el tema de derechos humanos y empresas en cada uno de los siete países a que pertenecen las universidades del Consorcio Latinoamericano: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Paraguay y Perú. Además, se realizaron estudios de caso sobre las violaciones de derechos humanos en la cadena minera y las prácticas de prevención y reparación, y se elaboró un manual sobre derechos humanos y empresas destinado a los operadores del Derecho. Esas publicaciones, junto con otros resultados de las actividades del Consorcio, se encuentran disponibles en su sitio web: <www.consorciodh.ufpa.br>

En su etapa actual, el proyecto tiene como objetivos desarrollar actividades de *advocacy* nacional e internacional sobre el tema y acciones de capacitación para los actores fundamentales en el proceso de responsabilización de las empresas por violaciones a los derechos humanos. En el ámbito interno, se busca colaborar con la elaboración e implementación de los planes nacionales de acción; a escala internacional, se busca subsidiar con estudios a las organizaciones de derechos humanos. Las acciones de capacitación, realizadas por medio de talleres y otros eventos académicos, pretenden ampliar la difusión de conocimiento sobre las alternativas de regulación de las actividades empresariales respecto a los derechos humanos.

Los libros organizados por el profesor Julián Tole Martínez hacen gala de la calidad e importancia del trabajo desarrollado por la Universidad Externado de Colombia en el seno del Consorcio, donde constituye uno de los pilares de nuestra red de cooperación académica. Sus lectores tendrán la oportunidad de conocer el estado del arte de la cuestión en Latinoamérica y encontrarán muchos elementos valiosos para entablar nuevas investigaciones y también para incidir sobre la relación entre derechos humanos y empresas.

ANTONIO MOREIRA MAUÉS

Profesor catedrático de la Universidad Federal de Pará

En las últimas tres décadas, el crecimiento de la actividad empresarial a escala global ha estado acompañado por la tendencia de los países latinoamericanos de atraer y proteger la inversión extranjera como una estrategia para potenciar el desarrollo de sus economías. Colombia no ha sido la excepción a esta realidad y desde la Constitución de 1991 ha estimulado la llegada de grandes empresas transnacionales a su territorio. De manera que, al día de hoy, un importante porcentaje de los sectores económicos de producción de bienes y de prestación de servicios se encuentran liderados por estas compañías, desplazando al olvidado Estado interventor que por casi medio siglo proveía estos bienes y servicios, además que logró proteger a los empresarios colombianos mediante los instrumentos económicos de la denominada “industrialización por sustitución de importaciones”.

Estas compañías transnacionales no solo han adquirido gran poder económico y político; al mismo tiempo, gracias a los distintos movimientos sociales en los países latinoamericanos e internacionales que abogan por los derechos humanos y la responsabilidad de las empresas, han logrado poner sobre la mesa el debate de la responsabilidad de las empresas por los efectos de su actividad en los derechos humanos, que van más allá de las acciones voluntarias de responsabilidad social empresarial. Tales instrumentos, como los Principios Rectores de las Naciones Unidas, las Líneas Directrices de la OCDE y los Códigos de buenas prácticas de la OIT, comportan el marco general de los estándares de protección de los derechos humanos por parte de las empresas.

Aquí surge la pregunta central que trata de resolver esta obra colectiva, y que supone una enorme dificultad por resolver en el Estado colombiano: cómo lograr un equilibrio entre la liberalización de los mercados, los estándares de protección de la inversión extranjera, las libertades económicas (libre empresa, libre competencia, etc.) y los mandatos constitucionales y convencionales sobre la protección de los derechos humanos de la población y los grupos vulnerables, que frecuentemente se encuentran en conflicto o en tensión.

Este dilema de Colombia representa el reto más imperioso del Estado social de derecho; precisamente por ello, en esta obra colectiva los autores realizan un acercamiento a esta problemática desde enfoques académicos de los distintos grupos de interés (*stakeholders*), tales como instituciones del Estado que protegen derechos humanos, consumidores, activistas de los derechos del medio ambiente, grupos étnicos y académicos, para mostrar diferentes lecturas de las relaciones de las empresas del sector minero-energético, farmacéutico,

entre otros, y las relaciones con los derechos territoriales de las comunidades étnicas, como a la consulta previa, la salud y demás derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

Se destaca la labor que emprende cada uno de los autores al buscar dar algunas respuestas a cuál camino ha tomado el Estado colombiano: la protección de la iniciativa privada del empresario o inversionista extranjero, o el camino que mantiene una posición garantista de los derechos humanos de la población. Esta no es una labor sencilla de lograr, pues representa el reto más cuestionado del Estado social de derecho que, al parecer, no ha logrado encontrar las vías para un equilibrio entre los dos intereses antes señalados, y sobre todo comprometer a la empresa globalizada en la protección y respeto de los derechos humanos. Este y otros interrogantes guían la obra colectiva que se encuentra dividida en dos partes:

La primera parte estudia, desde el panorama colombiano, los aspectos jurídicos y prácticos que supone conciliar los intereses empresariales, e incluso del Estado, frente a los intereses de pueblos originarios o minorías étnicas especialmente protegidos. A este propósito, los profesores Alex Latta, Alejandro Santamaría Ortiz, Paula Robledo Silva, Daniel Rivas-Ramírez, Ana María Ortiz Ballesteros, Manuela Losada Chavarro, Magdalena Correa Henao y Jorge Roa Roa en cada uno de sus capítulos abordan de manera elocuente, con metáforas, leyendas y casos, las dificultades y retos adicionales que plantea la actuación de las empresas cuando se ven involucradas comunidades indígenas y afrocolombianos. Para ello, centran su estudio en la jurisprudencia constitucional sobre responsabilidad social empresarial, las tensiones de las industrias extractivas y los derechos humanos, los mecanismos de participación, como la consulta previa y los distintos aspectos que esta involucra, sumados a la discusión que plantean algunos autores sobre si se requiere de una integración más efectiva de estas comunidades en el nivel decisional de la estructura del Estado para que puedan intervenir sin esperar al momento en que se vayan a materializar las intervenciones empresariales. Queda así planteado el interrogante respecto de qué tanto se han tenido en cuenta los derechos de las minorías étnicas en el debate de los derechos humanos y empresa, y si en los avances regulatorios en atribuir obligaciones de derechos humanos a las empresas se están repitiendo los patrones discriminatorios que históricamente han desconocido la cosmovisión de estas minorías, que podrían condenarlas a su desaparición. Aquí se encontrarán serias críticas a las soluciones “estadocéntricas” o a cualquier solución tradicional que hasta el momento ha presentado enfoques basados en

la aculturación que reflejan un diseño de estructura jerárquica, de arriba hacia abajo, sin tener en cuenta la participación efectiva de las minorías.

En la segunda parte se ahonda en aspectos prácticos de los derechos humanos en el contexto empresarial; precisamente por ello, cada capítulo hace referencia a la actividad minera en Colombia, sus casos más paradigmáticos y el desarrollo en el contexto del conflicto armado, para explicar desde distintas visiones las posibles acciones de responsabilidad empresarial en derechos humanos. En este contexto, los profesores Juan Francisco Díez Spelz, Luis Bustos Niño, Jaime Arias Restrepo, Álvaro Toledo Romero, Felipe Calderón Valencia, Manuela Escobar-Sierra, Ana Ligia Espitia Vega, Natalia Ávila Escobar, Jimena Sierra-Camargo y Héctor Wiesner León presentan la ausencia de correspondencia entre los discursos de las empresas y los impactos negativos en los derechos humanos, sociales y medioambientales. Se debaten, entonces, los distintos medios para satisfacer el objetivo de procurar que los derechos humanos sean integrados en el ámbito empresarial porque, más allá de un instrumento vinculante o no, se requiere el convencimiento de las empresas de que contribuir a que estos esfuerzos no se contraponen a sus intereses y que, al contrario, respetar los derechos humanos significa más que ser una empresa éticamente responsable. En el marco del Estado social de derecho, la empresa y sus actividades empresariales tienen una función social y ecológica; por esto, quedan muchas dudas sobre si realmente se ha avanzado para alcanzar este propósito o si la conducta de los Estados sigue estando determinada por la influencia de los actores empresariales para invisibilizar los problemas sociales que trae consigo la anhelada inversión extranjera. Así, en este trabajo colectivo se puede evidenciar que los procesos de decisión del Estado o de la comunidad internacional que no contemplan ningún cambio con relación al poder, están llamados a convertirse en un instrumento más que se suma a la pila de vías regulatorias que han tratado de atribuir obligaciones de derechos humanos a las empresas.

JULIÁN TOLE MARTÍNEZ

PRIMERA PARTE
TENSIONES CONSTITUCIONALES
DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS EMPRESAS

ALEX LATTA*

CAPÍTULO I

*Derechos Humanos y las industrias extractivas:
¿Heracles y la Hidra de Lerna?*

RESUMEN

Las últimas décadas han visto una proliferación de nuevas declaraciones e instrumentos para proteger los derechos humanos, pero al mismo tiempo la creciente globalización económica ha socavado la capacidad reguladora de los estados frente a las empresas transnacionales. Tomando como enfoque el sector extractivo, este capítulo cuestiona si los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos representan un avance o son más bien otro ejemplo del poder empresarial de aislarse de obligaciones hacia los derechos humanos. A raíz de este cuestionamiento, se propone examinar las relaciones de poder detrás del “extractivismo” como modelo de desarrollo, recurriendo al mito de Heracles y su batalla con la Hidra de Lerna como metáfora para abrir otra perspectiva hacia el problema. Se argumenta que el consenso sobre los derechos humanos como marco conceptual para entender los conflictos entre empresas y comunidades borra una riqueza de otros saberes, paradigmas y formas de resistir el extractivismo. En particular, los pueblos indígenas de las Américas, movilizadas desde las perspectivas de diversas cosmovisiones, demuestran la posibilidad de caminos distintos para las Américas y el mundo.

Palabras clave: recursos naturales, derechos humanos, industria minera, pueblos indígenas, las Américas.

* Doctor en Ciencia Política, York University. Profesor asociado de Estudios Globales, Wilfrid Laurier University, Canadá. <alatta@wlu.ca>. Número Orcid: <<https://orcid.org/0000-0003-3439-2885>>. Alex Latta recibió su doctorado en Ciencias Políticas de York University. Actualmente es profesor asociado en Wilfrid Laurier University, en los departamentos de Estudios Globales y Geografía y Estudios Ambientales. Ha realizado investigaciones extensivas en el tema de ciudadanía y medio ambiente en Latinoamérica, con un enfoque en la hidroelectricidad, políticas ambientales y pueblos indígenas. Su trabajo de investigación reciente trata el rol de los pueblos indígenas en la gobernanza del agua en los Northwest Territories (NWT), tanto como la conservación ambiental de base comunitaria en el territorio Dene de la región del Dehcho en el NWT. Ha publicado su trabajo en revistas como *Citizenship Studies*, *Environmental Politics*, *Cultural Geographies*, *Agua y Territorio*, *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe* e *International Indigenous Policy Journal*. Es coeditor con Hannah Wittman del libro *Environment and Citizenship in Latin America: Natures, Subjects and Struggles*.

HUMAN RIGHTS AND THE EXTRACTIVE INDUSTRIES: HERACLES AND THE HYDRA OF LERNA?

ABSTRACT

Recent decades have seen a proliferation of new declarations and instruments to protect human rights, but at the same time growing economic globalization has undermined the regulatory capacity of states in relation to transnational corporations. Taking up the extractive sector as a focus, this chapter questions whether the Guiding Principles on Business and Human Rights represent an advance or instead another example of the power of business to insulate itself from obligations to uphold human rights. Arising from this critique, it is proposed that we examine the relations of power behind “extractivism” as a model of development, turning to the myth of Heracles and his battle with the Hydra of Lerna as a metaphor to open another perspective on the problem. It is argued that the consensus over human rights as a conceptual frame for understanding conflicts between corporations and communities effaces a richness of other knowledges, paradigms and forms of resisting extractivism. In particular, indigenous peoples in the Americas, mobilized from the perspectives of diverse cosmovisions, demonstrate the possibility of distinct pathways for the Americas and the world.

Key words: natural resources, human rights, mining industry, indigenous peoples, the Americas.

INTRODUCCIÓN

Vivimos en tiempos de tendencias contrastantes en las relaciones globales. Por un lado, existen nuevas declaraciones e instrumentos internacionales, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada en 2007, o la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2010 afirmando el derecho humano al agua y al saneamiento. Estas herramientas abren nuevas posibilidades de amparar a las personas y las comunidades más vulnerables cuando son amenazadas por las acciones de poderosos actores políticos y económicos. Por otro lado, existe una notable brecha de implementación para estas mismas herramientas: en el papel, los derechos humanos nunca han sido mejor protegidos, pero en la práctica su violación con impunidad sigue siendo un hecho cotidiano. Como argumenta

Aylwin¹, esta brecha se debe en gran parte al avance de la globalización económica, impulsada por el creciente poder de las empresas transnacionales. Bajo un marco económico neoclásico o neoliberal, las políticas de comercio libre, junto con la expansión de los derechos de las empresas (por ejemplo, por medio de acuerdos internacionales de inversión), han debilitado la capacidad y voluntad de los gobiernos para implementar las normas de derechos humanos mediante sus políticas públicas.

Esta contradicción fue el impulso para el presente capítulo². La apertura de conciencia hacia los derechos humanos ha sido una poderosa oportunidad para ganar mayores niveles de respeto por la dignidad humana en muchos ámbitos, y actualmente son de los pocos instrumentos disponibles si pretendemos transnacionalizar las relaciones políticas para ponerlas a la par con las relaciones económicas globales. Contra la explotación, la dominación, el genocidio, y los muchos otros males que afligen nuestro mundo compartido, los derechos humanos se han transformado en nuestro superhéroe, nuestro Heracles en la búsqueda de un mundo más justo. Pero al parecer el héroe flaquea.

Frente a las continuas dificultades en transformar declaraciones y convenios en protecciones reales, este breve ensayo reflexiona sobre la gran confianza que proporcionamos a los derechos humanos: ¿cuán lejos nos puede llevar nuestro Heracles, y cuáles son los otros ingredientes necesarios para superar las contradicciones de nuestro actual orden global? Para abordar esta pregunta tomo a las industrias extractivas como mi principal punto de referencia. En Latinoamérica, como en otras partes del mundo, las empresas dedicadas a la extracción de minerales e hidrocarburos se han encontrado muchas veces en el epicentro de las contiendas sobre el impacto de proyectos industriales en los derechos humanos. Como un ejemplo de su importancia, según la Defensoría del Pueblo de Perú, los conflictos socioambientales representaron 66,4 % de los conflictos sociales en el país en 2017, mientras 78 % de esos conflictos socioambientales consistieron en conflictos en los sectores de minería e hidro-

1 AYLWIN, JOSÉ. *Globalization and Indigenous Peoples' Rights: An Analysis from a Latin American Perspective*. 2008-01, Montreal Cahiers Dialog, marzo de 2008. Disponible en <<https://observatorio.cl/globalization-and-indigenous-peoples-rights-an-analysis-from-a-latin-american-perspective>> (consultado: 20 de marzo de 2019).

2 El presente trabajo se basa en una ponencia presentada como parte del Seminario Internacional Industria Extractiva y Derechos Humanos en un Contexto Global, 8-9 de octubre, 2018, Universidad Austral, Chile.

carburos³. Muchas veces estos conflictos no solo giran en torno a los derechos humanos, sino también ponen en debate la legitimidad de las instituciones democráticas, el equilibrio de poder en las relaciones económicas norte-sur y los costos humanos y ecológicos del modelo dominante de desarrollo.

La centralidad de las industrias extractivas en los debates sobre derechos humanos en Latinoamérica es una de mis razones para escogerlas como enfoque; la otra es mi propio posicionamiento como investigador canadiense, de descendencia anglosajona, que vive cerca de Toronto, uno de los principales centros financieros de la minería en el mundo. Existe alta conflictividad en Canadá también en torno a las industrias extractivas, evidenciada, por ejemplo, por las contiendas durante años recientes sobre varias propuestas de ductos petroleros y gasíferos. Sin embargo, el perfil canadiense como inversor internacional en la minería trae la obligación de considerar también nuestra responsabilidad colectiva por el comportamiento de las empresas extractivas basadas en nuestro país con proyectos en el extranjero. Canadá es una de las fuentes principales de inversión global en el sector minero. En 2017 operaban empresas mineras canadienses en 101 países, con activos totales de \$168,7 billones⁴. Un poco más de la mitad de ese valor se encontraba en Latinoamérica y el Caribe. Empresas mineras canadienses han sido duramente criticadas por los impactos sociales y ecológicos de sus proyectos, tanto en Latinoamérica como en otras partes del mundo, y esas críticas han abierto un fuerte debate sobre las obligaciones extraterritoriales de los estados como protectores de los derechos humanos.

Considerar los derechos humanos en el contexto de las industrias extractivas me devuelve a nuestro héroe. Uno de los grandes desafíos en las aventuras de Heracles era vencer a un monstruo de múltiples cabezas –la Hidra de Lerna–. Tomo a la Hidra como metáfora de las industrias extractivas –y, más aún, de su papel central en un modelo de desarrollo que ha sido nombrado el *extractivismo*– para esbozar una respuesta a la pregunta que orienta el capítulo. Como veremos adelante, a pesar de su proeza, Heracles no fue capaz de vencer sin ayuda a la Hidra.

El capítulo comienza con una breve consideración de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, tanto para situar el argumento

3 Defensoría del Pueblo. *Informe Anual*, Lima, Defensoría del Pueblo, 2017, p. 148. Disponible en <http://www.defensoria.gob.pe/categorias_informes/informe-anual> (consultado: 15 de marzo de 2018).

4 Natural Resources Canada. *Canadian Mining Assets*, 2019. Disponible en <<https://www.nrcan.gc.ca/mining-materials/publications/19323>> (consultado: 18 de febrero de 2019).

relativo al tema orientador del libro como para ilustrar mejor las contradicciones que se hacen evidentes en nuestra coyuntura actual. Sigo con una exploración del mito de Heracles y la Hidra de Lerna con relación a los debates académicos que han caracterizado al extractivismo como modelo económico e ideología dominante en Latinoamérica. El ensayo termina con una consideración de caminos alternativos que incorporan una visión distinta para las políticas de justicia social y ambiental.

I. LOS PRINCIPIOS RECTORES: ¿PROGRESO O SÍNTOMA DE LA ENFERMEDAD?

Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos⁵ representan una respuesta importante al creciente poder económico y político de las grandes empresas transnacionales y las llamadas realizadas por la mejora de instrumentos que aseguren la protección de los derechos humanos. La agenda de los Principios Rectores (PPRR), “proteger, respetar y remediar”, ha dado lugar a procesos a escala nacional para desarrollar planes de acción y ha provocado nuevas agendas de investigación y debate —el presente libro es un ejemplo de los resultados—. Como parte de aquellos debates, el estatus cuasivoluntario de los PPRR ha sido contrastado con las normas vinculantes dentro de otras esferas de derecho internacional —como los tratados de libre comercio— y abre un cuestionamiento de su verdadero potencial como instrumento de cambio. Como sugiere Nolan, “it is arguable that the limitations of this concept —that of a corporation’s responsibility (not obligation) to respect (but not protect) rights— are more readily apparent than its promise”.⁶ En esta misma línea, Deva propone que el lenguaje de consenso que predomina en

5 Oficina del Alto Comisionado. *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2011. Disponible en <http://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=194%3Aprincipios-rectores-sobre-las-empresas-y-los-derechos-humanos-puesta-en-practica-del-marco-de-las-naciones-unidas-para-proteger-respetar-y-remediar&catid=17&Itemid=278> (consultado: 3 de marzo de 2019).

6 “Puede ser discutido que las limitaciones de este concepto —lo de la responsabilidad (no obligación) de una empresa de respetar (pero no proteger) los derechos— son más aparentes que su promesa”. Traducción del autor. NOLAN, JUSTINE. The corporate responsibility to respect human rights: soft law or not law? En: DEVA, SURYA y BILCHITZ, DAVID (eds.). *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Protect?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 138.

el discurso sobre los PRR tiene el efecto de socavar la ambición de lograr un instrumento vinculante⁷.

Nolan señala que una de las limitaciones de los PRR más difíciles de superar es su debilidad con respecto a medidas para asegurar su cumplimiento. Eso es preocupante, dado el desafío que los PRR supuestamente abordan: el creciente poder de las empresas transnacionales frente a los estados. Como observa Wettstein, “the GPS [PPRR] fall prey to the very problem they were supposed to fix, that is, the problem of growing governance gaps between companies’ increasing sphere of activity and governments’ decreasing ability or willingness to regulate them”⁸. Un ejemplo en la práctica es el uso de “mecanismos de reclamación a nivel operacional”, en que las empresas se encargan de servir como primera instancia para recibir reclamos sobre la violación de derechos. Varias organizaciones de la sociedad civil han destacado esta práctica como una forma de “privatizar” la implementación de los derechos humanos bajo el esquema de los PRR⁹.

Otro de los principales temas discutidos con relación al desafío de asegurar el cumplimiento de las normas internacionales de derechos humanos nos lleva al papel de los estados de origen de las empresas transnacionales y sus obligaciones extraterritoriales¹⁰. Varios investigadores han lamentado la carencia de atención en los PRR hacia el tema de las obligaciones extraterritoriales de estados cuyas empresas violan derechos humanos en otros países —una “oportunidad

7 DEVA, SURYA. Treating human rights lightly: a critique of the consensus rhetoric and the language employed by the Guiding Principles. En: DEVA, SURYA y BILCHITZ, DAVID (eds.). *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 78-104.

8 “Los PRR son víctima del mismo problema que supuestamente tendrían que haber arreglado, eso es, el problema de crecientes brechas entre la creciente esfera de actividad de las empresas y la decreciente capacidad o voluntad de los gobiernos para someterlas a la regulación”. WETTSTEIN, FLORIAN. Normativity, Ethics, and the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Critical Assessment, *Journal of Human Rights*, vol. 2, n.º 14, 2015, pp. 166. DOI: 10.1080/14754835.2015.1005733.

9 MiningWatch Canada. NGOs Warn: ‘Companies Duck Responsibility for Abuse Because of Flawed Human Rights Guidance, Lack of Independent Oversight’, 2016. Disponible en <<https://miningwatch.ca/news/2016/3/9/ngos-warn-companies-duck-responsibility-abuse-because-flawed-human-rights-guidance>> (consultado: 6 de marzo de 2019).

10 MCCORQUODALE, ROBERT y SIMONS, PENELOPE. Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law, *Modern Law Review*, vol. 4, n.º 70, 2007, pp. 598-625. DOI: 10.1111/j.1468-2230.2007.00654.x.

perdida” según Augenstein y Kinley¹¹. Como observa Iglesias Márquez, en el contexto de los daños ambientales provocados por empresas transnacionales, aunque existen ciertas avenidas para buscar la justicia, los afectados deben entrar en “a complex labyrinth in which very few victims ultimately reach the end (holding MNCs liable and gaining environmental justice), while most lose their way due to the multiple obstacles they have to face [...]”¹². Ha sido especialmente destacado el impacto de esta brecha en la implementación de los derechos de los Pueblos Indígenas¹³. El tema de las obligaciones extraterritoriales de los estados es uno de los factores centrales en los continuados esfuerzos de organizaciones de la sociedad civil, junto con ciertos estados y otros actores, para conseguir un tratado vinculante con remedios confiables para personas y comunidades cuyos derechos han sido violados por empresas¹⁴.

-
- 11 AUGENSTEIN, DANIEL y KINLEY, DAVID. When Human Rights ‘Responsibilities’ become ‘Duties’: The Extra-Territorial Obligations of States that Bind Corporations. In: DEVA, SURYA y BILCHITZ, DAVID (eds.). *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 271-294.
- 12 “Un laberinto complejo donde al final pocas víctimas alcanzan a su término (en que las empresas multinacionales son declaradas responsables y así logran justicia ambiental), mientras la mayoría pierden su camino debido a los múltiples obstáculos que deben enfrentar”. IGLESIAS MÁRQUEZ, DANIEL. Legal Avenues for Holding Multinational Corporations Liable for Environmental Damages in a Globalized World, *Aracé – Direitos Humanos em Revista*, vol. 3, n.º 2, 2015, p. 71.
- 13 Véase, por ejemplo: AYLWIN, JOSÉ y SILVA, HERNANDO. *Los impactos de las empresas en los Derechos Humanos del Pueblo Mapuche en Chile*, Observatorio Ciudadano, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, Temuco, Chile, 2015. Disponible en <<https://observatorio.cl/>> (consultado: 8 de marzo 2019); BRAVO FIGUEROA, ROBERTO. La responsabilidad internacional de los Estados de origen de las industrias extractivas: aproximación a las obligaciones extraterritoriales del derecho a la consulta en el marco del SIDH, *American University International Law Review*, vol. 4, n.º 32, 2016, pp. 789-817.
- 14 Ver: DE SCHUTTER, OLIVIER. “Regulating Transnational Corporations: A Duty under International Human Rights Law – Contribution of the Special Rapporteur on the right to food, Mr. Olivier De Schutter, to the workshop “Human Rights and Transnational Corporations: Paving the way for a legally binding instrument”, Ecuador, 11 de marzo de 2014. Disponible en <<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Food/Pages/Otherdocuments.aspx>> (consultado: 8 de marzo de 2019); ETO Consortium: Extraterritorial Obligations (n. d.). Disponible en <<https://www.etoconsortium.org/en/main-navigation/about-us/eto-consortium>> (consultado: 8 de marzo de 2019); Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 4, n.º 29, 2011, pp. 578-590. DOI: 10.1177/016934411102900411; SALOMON, MARGOT y SEIDERMAN, IAN. Human Rights Norms for a Globalized World: The Maastricht Principles on Extraterritorial

Volver al contexto canadiense nos arroja luz en las dificultades de poner el principio de las obligaciones extraterritoriales en práctica. En 2017, con anticipación de la visita a Canadá del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos, la organización no gubernamental Mining Watch publicó sus recomendaciones con respecto a la agenda de la visita. Destacaron cinco temas fundamentales con relación a las actividades de empresas mineras canadienses en el extranjero: (a) limitaciones al acceso a remedios no judiciales, (b) carencia de acceso a remedios judiciales, (c) la ausencia de leyes canadienses contra la violación de derechos humanos en el extranjero, (d) la complicidad del Estado canadiense con los abusos de derechos humanos, (e) los acuerdos de protección al inversor como barrera a la protección de los derechos humanos¹⁵. En su informe final de 2018, el Grupo de Trabajo observó que el tema de derechos humanos y empresas extractivas canadienses que operan en el extranjero había sido un foco central de debates por una década. Destacan que las recomendaciones publicadas en 2007 después de un proceso de mesa redonda nacional sobre el tema, liderado por un grupo consultivo multisectorial, aún no habían sido implementadas. Quizás anticipando la publicación del informe, en enero de 2018 el Gobierno de Canadá anunció la creación de la Oficina de la Defensoría Canadiense para el Emprendimiento Responsable (CORE, por su sigla en inglés: Canadian Ombudsperson for Responsible Enterprise)¹⁶. A la hora de escribir, más de un año después de ese anuncio, aún no se ha implementado el CORE, pero en círculos de la sociedad civil se anticipan varias debilidades en este mecanismo; será una mejora relativa al *statu quo*, pero no proveerá una sólida base para el pleno cumplimiento de las obligaciones extraterritoriales de Canadá frente a acusaciones de violaciones de derechos humanos por sus empresas que operan en otros países.

Dejo a otros un análisis más refinado de los avances en la implementación de los PPRR durante la casi década desde su reconocimiento por el Consejo

Obligations of States in the area of Economic, Social and Cultural Rights, *Global Policy*, vol. 3, n.º 4, 2012, pp. 458-462. DOI: 10.1111/j.1758-5899.2012.00206.x.

15 MiningWatch Canada. Submission to the UN Working Group on Business and Human Rights ahead of its Visit to Canada, 2017. Disponible en <<https://www.miningwatch.ca/publications/2017/3/6/submission-un-working-group-business-and-human-rights-ahead-its-visit-canada>> (consultado: 18 de febrero de 2019).

16 Global Affairs Canada. The Government of Canada brings leadership to responsible business conduct abroad, 2018. Disponible en <https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2018/01/the_government_ofcanadabringingleadershiptoresponsiblebusinesscond.html> (consultado: 20 de febrero de 2019).

de Derechos Humanos de la ONU en 2011. Si ya no es evidente, confieso que mis argumentos parten de cierto escepticismo respecto a este camino de aparente consenso sobre la responsabilidad de las empresas hacia los derechos humanos, en que el poder de las empresas transnacionales se ve reflejado en su capacidad de evadir verdaderas obligaciones y seguir con un importante grado de autorregulación. Como plantea Santos, “The search for a counterhegemonic conception of human rights must start from a hermeneutics of suspicion regarding human rights as they are conventionally understood and sustained [...]”¹⁷. La carencia de herramientas más potentes para obligar el cumplimiento de estándares internacionales de derechos humanos por parte de empresas –tomando a las industrias extractivas como caso emblemático– debería provocar una reflexión crítica sobre el contexto en que los PRR fueron formados e incluso sobre las limitaciones de los derechos humanos en sí. Sugiero que estas limitaciones no existen solamente por una carencia de voluntad a la hora de implementarlos. Más bien, falta de voluntad, ya que los derechos humanos no dan una respuesta adecuada a los temas de fondo que aparecen vinculados a los conflictos socioambientales relacionados con las industrias extractivas: el verdadero estado de nuestras democracias, la persistencia de relaciones neocoloniales, y los costos humanos y ambientales de un capitalismo global desenfrenado. Al poner nuestra atención en estas dimensiones, empezamos a percibir el tamaño y las características de nuestro monstruo de Hidra.

2. HERACLES Y LA HIDRA: DERECHOS HUMANOS Y EL EXTRACTIVISMO

Matar a la Hidra de Lerna era el segundo de doce trabajos encargados a Heracles, el más celebrado héroe de la mitología griega. Según algunas versiones del mito, la Hidra resguardaba una entrada al submundo, ubicada en las oscuras aguas del lago Lerna. Era un monstruo serpentino casi invencible, con múltiples cabezas, aliento tóxico y sangre venenosa. Heracles era hijo de una unión entre Zeus y una mujer humana, y poseía poderes sobrehumanos, pero aun con su fuerza extraordinaria no le bastaba para vencer a la Hidra: al cortar una de las cabezas de la horrorosa creatura, otra cabeza más fuerte que la original brotaba en su lugar. Al final, fue solo con la ayuda de su sobrino

17 DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *If God Were a Human Rights Activist*, Stanford, CA, Stanford University Press, 2015, p. 1.

Yolao, quien cauterizó los cuellos decapitados con fuego, que Heracles logró vencer a la bestia.

Propongo que el mito de Heracles y la Hidra de Lerna nos puede servir de metáfora. Y bien: si Heracles tiene su paralelo en los derechos humanos, la hidra evidentemente tiene que jugar el papel de las industrias extractivas. Hay cierta lógica en eso, hablando de entradas al submundo, gases tóxicos y fluidos venenosos. Sin embargo, la hidra nos sirve de metáfora no solo porque comparte ciertas características con aspectos de los procesos físicos de la extracción de minerales o hidrocarburos. De más importancia es su capacidad de regenerar cabezas, y aquí la metáfora nos lleva más allá de las industrias extractivas como una actividad económica, hacia una conceptualización de este sector dentro de una historia de relaciones económicas más larga y amplia. Al invocar a la hidra y sus cabezas regeneradoras, estamos hablando ya del *extractivismo* como modelo de desarrollo y modalidad de relación socio-natural dentro del sistema económico mundial dominante.

La hidra que es el extractivismo tiene la capacidad de reinventarse a través del tiempo y así persistir a pesar de sus nefastas consecuencias para comunidades y ecosistemas. Donde una empresa abandona un yacimiento mineral o un campo petrolero por el riesgo político asociado a la resistencia de comunidades locales o a los impactos ambientales, en poco tiempo aparece otra empresa en su lugar, lista para intentar de nuevo. Sin embargo, debo clarificar que con el uso del mito de la hidra como metáfora no es mi intención vilificar sin discriminación a las empresas extractivas o a las personas que trabajan en ese sector. Estas personas y empresas son actores temporarios en relaciones globales de poder mucho más grandes y con raíces históricas profundas –lo que Quijano ha llamado el “capitalismo mundial”¹⁸ o que Moore denomina “el capitalismo como una economía-mundo” y simultáneamente “ecología-mundo”¹⁹. Tanto Quijano como Moore apuntan a una historia del capitalismo no como algo inventado en Europa que luego se expande a otras partes del mundo, sino como algo que emerge precisamente en la relación colonial entre Europa y las

18 QUIJANO, ANÍBAL. Coloniality of Power and Eurocentrism in Latin America, *International Sociology*, vol. 2, n.º 15, 2000, pp. 215-232. DOI: 10.1177/026858090015002005.

19 MOORE, JASON. ‘Amsterdam is Standing on Norway’ Part I: The Alchemy of Capital, Empire and Nature in the Diaspora of Silver, *Journal of Agrarian Change*, n.º 10, 2010, pp. 33-68. DOI: 10.1111/j.1471-0366.2009.00256.x; MOORE, JASON. The Rise of Cheap Nature. En: MOORE, JASON (ed.). *Anthropocene or Capitalocene? Nature, History, and the Crisis of Capitalism*, Oakland, CA, PM Press, 2016, pp. 78-115.

Américas: la colonización de las Américas nace con la fiebre del oro y de la plata, con el mito de El Dorado y con la brutal realidad de las minas de Potosí.

Existe además otro ejemplo importante del uso de la hidra como metáfora en un sentido similar a lo que planteo aquí. El movimiento zapatista invoca la Hidra para señalar las numerosas caras de la explotación, represión y engaño político del sistema capitalista²⁰. Con la figura del extractivismo podríamos seguir ese mismo rumbo; podríamos tomar la misma *extracción* como metáfora, y así incluir a toda clase de actividad económica que extrae valor del suelo (como la agricultura industrial), del agua (como la hidroelectricidad), del aire (como los bonos de carbón), de la diversidad biológica (como los farmacéuticos) y de otros bienes comunes. De ese modo llegaríamos como los zapatistas a una crítica general de la economía capitalista y el sistema político que lo alberga –y hay fuertes paralelas aquí entre los argumentos del zapatismo y el marco analítico de Quijano y Moore–. Sin embargo, mi propósito aquí es otro. La Hidra que quiero interrogar con relación a los derechos humanos es el extractivismo como un proceso específico –aunque también emblemático– de la presente coyuntura del capitalismo mundial.

Arsel, Hogenboom y Pellegrini (2016) definen al extractivismo como “the view that resource-rich countries can leverage extractive activities to speed up the process of development”²¹. Destacando la “larga y oscura” historia de la extracción y exportación de recursos naturales, observan que la ideología del extractivismo sigue con influencia. De hecho, a consecuencia de precios elevados para minerales y petróleo durante la década entre 2005 y 2015, varios países de las Américas optaron por nuevas políticas públicas para incentivar la inversión en el sector. El resultado fue un *boom*, y muchos observadores identificaron en esa ola de inversión un nuevo momento o ciclo en la expansión y profundización de las relaciones de explotación en el eje Norte-Sur. Svampa, por ejemplo, destaca un “consenso de los *commodities*”, lo que incluye los sectores de minería e hidrocarburos al lado de otros megaproyectos, por ejemplo las plantaciones de la agricultura industrializada, como “un nuevo orden, a la

20 Por ejemplo, véase: Sixth Commission of the EZLN. *Critical Thought in the Face of the Capitalist Hydra 1*. Durham, NC, PaperBoat Press, 2016.

21 “El punto de vista de que los países ricos en recursos naturales pueden apalancar las actividades extractivas para adelantar el proceso de desarrollo”. ARSEL, MURAT, HOGENBOOM, BARBARA y PELLEGRINI, LORENZO. The extractive imperative in Latin America, *The Extractive Industries and Society*, vol. 3, n.º 4, 2016, p. 880. DOI: 10.1016/j.exis.2016.10.014.

vez económico y político-ideológico”²². Según su caracterización, este nuevo orden consiste en una reprimarización de las economías latinoamericanas, “en función de una mirada productivista y eficientista del desarrollo”²³.

Para Arsel, Hogenboom y Pellegrini, este consenso toma la forma de un “extractive imperative” donde “the current shape of the extractivist development policy has taken over the logic of other state activities, reorienting policy objectives to further justify and advance the policy of extractivism”²⁴. Esta tendencia ha sido evidente tanto en países gobernados por partidos de la izquierda como de la derecha. De hecho, Gudynas sostiene que los gobiernos de izquierda, como los de Bolivia, Ecuador y Venezuela, han contribuido a la cristalización de un “nuevo extractivismo”, el cual proporciona un nuevo rol al Estado –no solo para crear las condiciones para la inversión sino también para legitimar la expansión de las actividades extractivistas bajo una política social de redistribución económica–. Irónicamente, a pesar de los discursos anticapitalistas, pronacionalización y progreso social, según Gudynas, el nuevo extractivismo “es funcional a la globalización comercial-financiera y mantiene la inserción internacional subordinada de América del Sur”²⁵.

Para Svampa, el consenso sobre el modelo extractivista tiene como resultado “la profundización de la dinámica de desposesión o despojo de tierras, recursos y territorios y produce nuevas y peligrosas formas de dependencia y dominación”²⁶. Acosta subraya el impacto del extractivismo en las instituciones democráticas, socavando así la posibilidad de dar respuesta al modelo. Apunta a esta coyuntura como fuente de violencia: “En la medida en que se carece de una adecuada institucionalidad para enfrentar el costo ambiental, social y político que implican los enfrentamientos alrededor de estas actividades extractivistas, incluso el costo económico de controlar esos posibles disturbios utilizando

22 SVAMPA, MARISTELLA. ‘Consenso de los Commodities’ y lenguajes de valoración en América Latina, *Nueva Sociedad*, n.º 244, 2013, p. 31.

23 *Ibidem*, p. 34.

24 “Imperativa extractiva” donde “la actual forma de la política extractivista de desarrollo se ha apoderado de la lógica de las otras actividades del estado, reorientando las metas de la política pública para justificar y avanzar en mayor medida la política de extractivismo”. ARSEL, MURAT, HOGENBOOM, BARBARA y PELLEGRINI, ob. cit., p. 881.

25 GUDYNAS, EDUARDO. El nuevo extractivismo progresista en América del Sur: tesis sobre un viejo problema bajo nuevas expresiones. En: *Colonialismo del siglo XXI: negocios extractivos y defensa del territorio en América Latina*, Barcelona, Icaria, 2011, p. 80.

26 SVAMPA MARISTELLA, ob. cit., p. 32.

la fuerza pública no es nada despreciable”²⁷. Según observa Aylwin, entre otros, la promoción de un modelo de desarrollo extractivista tiene impactos especialmente significativos para los derechos de los Pueblos Indígenas, cuyos territorios tradicionales frecuentemente contienen yacimientos importantes de minerales e hidrocarburos²⁸. Desde la perspectiva indígena, la experiencia de discriminación, explotación y despojo ha cambiado poco desde tiempos coloniales, y eso a pesar de los grandes logros en definir sus derechos a escala internacional y nacional durante las últimas dos décadas. Observando en el contexto canadiense una larga historia de “avances” sin verdaderos cambios, Alfred y Corntassel recurren a la figura mitológica del “cambiante” para caracterizar la capacidad del Estado colonial de presentar nuevas caras –y promesas– mientras mantiene constante una lógica de dominación²⁹.

Es esta lógica de dominación y desposesión en servicio de un sistema económico global lo que hace tan difícil el trabajo de nuestro héroe. Los derechos humanos no pueden vencer a la Hydra del extractivismo porque solo pueden dar combate al problema cabeza-por-cabeza, mientras hay un sinfín de cabezas. Enfocados en las empresas o estados como actores que respetan/protegen o no una serie de derechos humanos, olvidamos la hegemonía de un orden global que da privilegio al crecimiento económico como base para el lucro, la acumulación y el consumo excesivo. Los derechos humanos nunca fueron concebidos para desafiar ese orden, y por lo mismo no llevan consigo herramientas para pensar futuros alternativos.

3. MÁS ALLÁ DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL PAPEL DE YOLAO

Los derechos humanos conllevan importantes debilidades y limitaciones a raíz de su herencia filosófica y sus modalidades de implementación: son anclados

27 ACOSTA, ALBERTO. Maldiciones que amenazan la democracia, *Nueva Sociedad*, n.º 229, 2010, p. 57.

28 AYLWIN, JOSÉ. Los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: avances jurídicos y brechas de implementación. En: BELTRÃO, JANE, MONTEIRO DE BRITO, JOSÉ, GÓMEZ, ITZIAR et al. (eds.). *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*, Barcelona, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014, pp. 275-300.

29 TAIAIAKE, ALFRED Y CORNTASSEL, JEFF. Being Indigenous: Resurgences Against Contemporary Colonialism, *Government and Opposition*, vol. 4, n.º 40, 2005, pp. 597-614. DOI: 10.1111/j.1477-7053.2005.00166.x.

en una cosmovisión eurocéntrica, son concretados a través de la soberanía de los estados y un sistema internacional (es decir, un club de Estados), y su implementación depende de sistemas de justicia donde opera el conocimiento experto de la profesión legal, con todas las exclusiones de otras voces y otros saberes que eso implica. ¿Cómo pueden los derechos humanos dar batalla con problemas de fondo cuando son tan íntimamente entretnejidos con la visión del mundo, las instituciones centrales y los conocimientos dominantes que han acuñado al actual orden global? Sin querer descartar el importante papel de los derechos humanos en la lucha para disminuir los daños humanos y ecológicos asociados con el extractivismo, pretendo en esta conclusión del ensayo considerar la importancia de otras figuras en la batalla. Sugiero que debemos poner nuestra atención en el importante trabajo del ayudante de Heracles, su sobrino Yolao, quien cauterizó las lesiones de la Hidra para asegurar su muerte. Buscando a Yolao en la lucha contra el extractivismo, apunto hacia las posibilidades abiertas cuando tomamos en serio las filosofías y tradiciones de gobernanza que preexistieron al período colonial en las Américas y que han sido conservadas y reinventadas durante más de quinientos años de resistencia.

De cierto modo, esta propuesta está contemplada en trabajos anteriores que buscan una aproximación verdaderamente “universal” a los derechos humanos, en el sentido de abrir espacios a múltiples definiciones de esos derechos. Como escribe Gómez Isa: “Si realmente queremos llegar a un concepto universal de derechos humanos no podemos aceptar acriticamente la concepción occidental, sin abrir un proceso de diálogo en el que las diferentes cosmovisiones puedan estar en disposición de plantear su propia y específica aproximación a los derechos humanos”³⁰. El trabajo de Santos sobre la posibilidad de concebir los derechos humanos de forma multicultural es otro referente importante en este sentido³¹. Sin embargo, mi propuesta aquí no se trata de repensar los derechos humanos (aunque como proyecto paralelo es quizás de igual importancia), sino plantear la necesidad de contemplar con más atención otras ontologías, conocimientos, prácticas socio-culturales e instituciones como fuentes de resistencia y posibilidades emancipadoras. Estos otros posicionamientos y prácticas en la

30 GÓMEZ ISA, FELIPE. Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. En: BELLO, M. y AYLWIN, J. (eds.). *Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas*, Temuco, Chile, Observatorio Ciudadano, International Working Group for Indigenous Affairs, 2008, p. 129.

31 DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos. En: GÓMEZ ISA, FELIPE y PUREZA, JOSÉ (eds.). *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, España, Universidad de Deusto, 2004, pp. 95-122.

lucha contra el monstruo del extractivismo ya son empleados por comunidades y organizaciones de forma complementaria a la reivindicación de sus derechos humanos, pero muchas veces no son percibidos dentro de un marco discursivo dominante que solo habla el idioma de derechos.

Muchas tradiciones filosóficas de los Pueblos Indígenas de las Américas enfatizan las responsabilidades en vez de los derechos. Como argumentan Corntassel y Bryce, “rights are state constructions that do not necessarily reflect inherent Indigenous responsibilities to their homelands”³². Estas responsabilidades surgen de cosmovisiones centradas en el tejido de relaciones que hace posible la vida, donde tal tejido es concebido ampliamente para incluir no solo otras personas sino también otros seres y espíritus en el entorno. Es clave destacar que estas cosmovisiones relacionales y las responsabilidades que surgen de ellas no se manifiestan solamente en el ámbito personal, sino que conforman una parte importante de tradiciones de derecho³³ y gobernanza³⁴. Sin embargo, en los conflictos socio-ecológicos generados por el choque entre la expansión del extractivismo y la ocupación indígena de sus territorios ancestrales, el lenguaje que suele llevar peso en el discurso dominante es lo de *derechos indígenas*, entendidos como los derechos humanos de pueblos indígenas reconocidos internacionalmente. Si bien aquellos derechos indígenas incluyen *protecciones* para prácticas tradicionales de gobernanza, cultura y uso de la tierra, *la particularidad de esas prácticas* es efectivamente ocultada frente a la universalidad de los derechos humanos, con su visión eurocéntrica del mundo.

De este modo, la contribución de las cosmovisiones indígenas a las luchas sociales es entendida como algo meramente simbólico, mientras la verdadera

32 “Los derechos son construcciones del estado que no necesariamente reflejan las intrínsecas responsabilidades indígenas a sus tierras”. CORNTASSEL, JEFF y BRYCE, CHERYL. Practicing Sustainable Self-Determination: Indigenous Approaches to Cultural Restoration and Revitalization, *Brown Journal of World Affairs*, vol. 18, n.º 2, 2012, pp. 152.

33 Véase, por ejemplo: BURROWS, JOHN. Living Law on a Living Earth: Aboriginal Religion, Law, and the Constitution. En: MOON, RICHARD (ed.). *Law and Religious Pluralism in Canada*, Vancouver, UBC Press, 2008, pp. 161-169.

34 Véase, por ejemplo: DENNY, SHELLEY and FANNING, LUCIA. A Mi'kmaw Perspective on Advancing Salmon Governance in Nova Scotia, Canada: Setting the Stage for Collaborative Co-Existence, *International Indigenous Policy Journal*, vol. 7, issue 3, 2016. DOI: 10.18584/iipj.2016.7.3.4; y MARIMAN QUEMENADO, PABLO. Making Alternatives Visible: The Meaning of Autonomy for the Mapuche of Cholchol (Ngulumapu, Chile). En: COLEMAN, WILLIAM, MCGREGOR DEBORAH, DE COSTA, RAVI y BLASER, MARIO (eds.). *Indigenous Peoples and Autonomy: Insights for a Global Age*, Vancouver, UBC Press, 2010, pp. 179-194.

historia de las contiendas se escribe en términos occidentales de políticas públicas, derechos humanos o de propiedad, acciones policiales y sentencias judiciales. De la Cadena, en su exploración de la historia de luchas por la reforma agraria en los Andes de Perú –un proceso que prefigura los actuales conflictos por proyectos extractivos en la misma cordillera–, nos ofrece un buen ejemplo de este proceso³⁵. Los diálogos con sus interlocutores quechuas revelan que la historia de relaciones entre comunidades indígenas, colonos y el Estado realmente toma lugar entre dos mundos. Paralelo al mundo de papeles (el mundo oficial) existe otro mundo de *Tirakuna*, o seres de la tierra, cuyas relaciones con comunidades e individuos fueron centrales en la historia de estas luchas, pero que caen fuera del límite ontológico del registro histórico, y por ende son invisibles.

A través de las Américas hemos visto fuertes señales durante las últimas dos décadas de que se abren grietas en la hegemonía de la modernidad eurocéntrica. Los movimientos sociales en Ecuador y Bolivia al comienzo del siglo, y las nuevas constituciones que salieron en 2008 y 2009 respectivamente, como resultados de estos momentos políticos, son una de las señales del potencial de cambios. El “buen vivir” aparece como idea orientadora para estas nuevas constituciones, producto de un encuentro e hibridación entre ideologías occidentales (principalmente el ecologismo y una izquierda posmarxista) y conceptos indígenas (lo de *sumak kamsay* en el mundo Quechua y *suma qamaña* para el pueblo Aymara). Es un momento que Walsh caracteriza como “insurgencia política-epistémica”. Entre otros efectos de esta insurgencia que ella identifica, interrumpe el marco universal del pensamiento occidental y lo reemplaza con una “pluriversalización”, que crea “new decolonial conditions of power, knowledge, being, and life [...]”³⁶. En este nuevo marco, los derechos humanos son equilibrados por la responsabilidad humana hacia la Pacha Mama o, en el caso de la Constitución ecuatoriana, hacia los derechos de la naturaleza. El creciente uso de conceptos paralelos en otras partes de las Américas, como *küme mongen* en la cosmovisión Mapuche o el *mino bimaadiziwín* en la filosofía

35 DE LA CADENA, MARISOL. *Earth Beings: Ecologies of Practice Across Andean Worlds*, Durham, NC y Londres, Duke University Press, 2015.

36 “Nuevas condiciones decoloniales de poder, conocimiento, existencia, y vida...”. WALSH, CATHERINE. Political-Epistemic Insurgency, Social Movements and the Refounding of the State. En: MORAÑA, MABEL y GUSTAFSON, BRET (eds.). *Rethinking Intellectuals in Latin America*, Madrid, Iberoamericana, 2010, pp. 199-211.

Anishnaabe, señala la vitalidad del pensamiento alternativo que surge a través del hemisferio³⁷.

La promesa de las nuevas constituciones en Ecuador y Bolivia ha sido puesta a prueba por la tentación del mismo extractivismo como “motor económico”. Después de una década, donde se ha dado luz verde para la explotación del petróleo dentro de la reserva Yasuní en Ecuador y aprobación para megaproyectos de infraestructura como la carretera Tipnis en Bolivia, es evidente que el compromiso social de los gobiernos en estos países ha superado sus compromisos con el buen vivir como otra vía de evolución humana distinta al “desarrollo” o a la “modernización”. Como observan algunos³⁸, las limitaciones de los proyectos de cambio en Ecuador y Bolivia son complejas, pero apuntan hacia una distinción entre proyectos progresistas y los realmente posliberales o decoloniales.

Lo importante es reconocer que, a pesar de estas decepciones, en las comunidades y regiones una pluralidad de proyectos alternativos de vida sigue adelante, contra el grano de la cosmovisión dominante de desarrollo y extractivismo. Como argumenta Escobar, siguiendo el impulso filosófico de Deleuze y Guattari asociado a la lógica del rizoma, es necesario abrir los ojos a los procesos políticos que rompen con las categorías y conceptualizaciones de poder, espacio y estructura dentro de la mirada occidental y modernista³⁹. En Canadá, la idea de la “resurgencia indígena” ofrece un ejemplo de este tipo de proyecto político. Contra el mandamiento de dialogar con el Estado colonial, los proponentes de la resurgencia indígena sugieren otro camino que busca reconstruir identidad y formas de ser propias y autónomas⁴⁰. Corntassel y Bryce

37 ESCOBAR, ARTURO. Sustainability: Design for the pluriverse, *Development*, vol. 2, n.º 54, 2011, pp. 137-140. DOI: 10.1057/dev.2011.28.

38 Por ejemplo, ESCOBAR, ARTURO. Latin America at a Crossroads: Alternative modernizations, post-liberalism, or post-development?, *Cultural Studies*, n.º 24, 2010, pp. 1-65. DOI: 10.1080/09502380903424208, y RADCLIFFE, SARAH. Development for a postneoliberal era? Sumak kawsay, living well and the limits to decolonisation in Ecuador, *Geoforum*, vol. 2, n.º 43, 2012, pp. 240-249. DOI: 10.1016/j.geoforum.2011.09.003.

39 Véase, por ejemplo: ESCOBAR, ARTURO. *Territories of Difference*, Druham, NC, Duke University Press, 2008, y GUDYNAS, EDUARDO. Buen Vivir: Today's tomorrow, *Development*, vol. 4, n.º 54, 2011, pp. 441-447. DOI: 10.1057/dev.2011.86.

40 Véase, por ejemplo: TAIATAKE, ALFRED. Cultural Strength: Restoring the Place of Indigenous Knowledge in Practice and Policy, *Australian Aboriginal Studies*, n.º 1, 2015, pp. 3-11, y SIMPSON, LEANNE. *Dancing on Our Turtle's Back: Stories of Nishnaabeg Re-Creation, Resurgence and a New Emergence*, Winnipeg, ARP Books, 2011.

lo describen como un proceso de “moving away from the performativity of a rights discourse geared toward state affirmation and approval toward a daily existence conditioned by place-based cultural practices”⁴¹.

Las políticas de resurgencia indígena no necesariamente rechazan completamente a los derechos indígenas; simplemente los dejan de un lado como herramientas poco adecuadas para el trabajo más importante de recuperar autonomía y reconstruir otras formas de ser. Y necesariamente, al lado del proyecto de reconstrucción de identidades y formas de ser, la resurgencia da lugar a resistencia contra el extractivismo. Lo hemos visto en lugares como Standing Rock, Tipnis y Bagua, donde resistencias indígenas han chocado directamente con las fuerzas del “progreso”. Pero también hemos visto algo similar en lugares como Esquel, Argentina, o Huasco Alto, Chile, donde coaliciones interculturales o comunidades mayormente no indígenas han resistido megaproyectos mineros. No es que los derechos humanos o indígenas no han entrado en aquellos conflictos, sino que han jugado un papel secundario a otros posicionamientos: agua es vida, autonomía local o indígena, rechazo del modelo de desarrollo basado en el extractivismo.

En la batalla entre Heracles y la Hidra de Lerna se pone mucha atención al héroe, pero poca en su ayudante. En la versión Disney de 1997, Yolao ni siquiera aparece. Sin embargo, su papel en la historia es clave; hasta podríamos cuestionar quién ha sido el que al final venció al monstruo. ¿Es el musculoso Heracles, con sus poderes extraordinarios derivados de su afiliación a los dioses, o es el hábil Yolao, quien se acerca a la bestia para sellar las heridas y así neutralizar el poder regenerador de las cabezas? El papel de Yolao es indispensable y transforma el resultado. Del mismo modo, planteo que todavía no ha sido plenamente apreciada y celebrada la capacidad de sobrevivencia, resistencia e imaginación que manifiestan los pueblos indígenas –y el papel transformador que pueden jugar–. Necesitan aliados para salir adelante en sus luchas, pero también tienen mucho que ofrecer en la labor colectiva de imaginar y construir otros futuros distintos para las Américas y para el mundo. Cuestionando el consenso sobre los discursos e instrumentos asociados con los derechos humanos, podemos abrir más espacio a alianzas entre los pueblos y los nuevos horizontes que podrían revelar.

41 “Alejarse de la performatividad de un discurso de derechos orientados a la afirmación y aprobación del estado hacia una existencia diaria condicionada por prácticas culturales basadas en lugar”. CORNTASSEL, JEFF y BRYCE, CHERYL, ob. cit., p. 153.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, ALBERTO. Maldiciones que amenazan la democracia, *Nueva Sociedad*, n.º 229, 2010, pp. 42-61.
- ARSEL, MURAT, HOGENBOOM, BARBARA y PELLEGRINI, LORENZO. The extractive imperative in Latin America, *The Extractive Industries and Society*, vol. 3, n.º 4, 2016, pp. 880-887.
- AUGENSTEIN, DANIEL y KINLEY, DAVID. When Human Rights 'Responsibilities' become 'Duties': The Extra-Territorial Obligations of States that Bind Corporations. En: DEVA, SURYA y BILCHITZ, DAVID (eds.). *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 271-294.
- AYLWIN, JOSÉ. *Globalization and Indigenous Peoples' Rights: An Analysis from a Latin American Perspective*, Montreal, Cahiers Dialog, marzo de 2008. En <<https://observatorio.cl/globalization-and-indigenous-peoples-rights-an-analysis-from-a-latin-american-perspective>> (consultado 20 de marzo de 2019).
- AYLWIN, JOSÉ. Los Derechos de los pueblos indígenas en América Latina: avances jurídicos y brechas de implementación. En: BELTRÃO, JANE, MONTEIRO DE BRITO, JOSÉ, GÓMEZ, ITZIAR *et al.* (eds.). *Derechos Humanos de los grupos vulnerables*, Barcelona, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014, pp. 275-300.
- AYLWIN, JOSÉ y SILVA, HERNANDO. *Los impactos de las empresas en los Derechos Humanos del Pueblo Mapuche en Chile*, Temuco, Chile, Observatorio Ciudadano y Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2015. En <<https://observatorio.cl>> (accessed 8 March 2019).
- BRAVO FIGUEROA, ROBERTO. La responsabilidad internacional de los estados de origen de las industrias extractivas: aproximación a las obligaciones extraterritoriales del derecho a la consulta en el marco del SIDH, *American University International Law Review*, vol. 4, n.º 32, 2016, pp. 789-817.
- BURROWS, JOHN. Living Law on a Living Earth: Aboriginal Religion, Law, and the Constitution. En: MOON, RICHARD (ed.). *Law and Religious Pluralism in Canada*, Vancouver, UBC Press, 2008, pp. 161-169.
- CORNTASSEL, JEFF y BRYCE, CHERYL. Practicing Sustainable Self-Determination: Indigenous Approaches to Cultural Restoration and Revitalization, *Brown Journal of World Affairs*, vol. 18, n.º 2, 2012, pp. 151-162.

- DE LA CADENA, MARISOL. *Earth Beings: Ecologies of Practice Across Andean Worlds*. Durham, NC, y Londres, Duke University Press, 2015.
- DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos. En: GÓMEZ ISA, FELIPE y PUREZA, JOSÉ (eds.). *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, España, Universidad de Deusto, 2004, pp. 95-122.
- DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. *If God Were a Human Rights Activist*. Stanford, CA: Stanford University Press, 2015.
- DE SCHUTTER, OLIVIER. *Regulating Transnational Corporations: A Duty under International Human Rights Law – Contribution of the Special Rapporteur on the right to food, Mr. Olivier De Schutter, to the workshop “Human Rights and Transnational Corporations: Paving the way for a legally binding instrument”*, Ecuador, 11 de marzo de 2014. En <<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Food/Pages/Otherdocuments.aspx>> (consultado 8 de marzo de 2019).
- Defensoría del Pueblo, *Informe Anual*, Lima, Defensoría del Pueblo, 2017, p. 148. En <http://www.defensoria.gob.pe/categorias_informes/informe-anual> (consultado 15 de marzo de 2018).
- DENNY, SHELLEY y FANNING, LUCIA. A Mi'kmaw Perspective on Advancing Salmon Governance in Nova Scotia, Canada: Setting the Stage for Collaborative Co-Existence, *International Indigenous Policy Journal*, vol. 7, n.º 3, 2016. DOI: 10.18584/iipj.2016.7.3.4.
- DEVA, SURYA. Treating human rights lightly: a critique of the consensus rhetoric and the language employed by the Guiding Principles. En: DEVA, SURYA y BILCHITZ, DAVID (eds.). *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 78-104.
- ESCOBAR, ARTURO. *Territories of Difference*, Druham, NC, Duke University Press, 2008.
- ESCOBAR, ARTURO. Latin America at a Crossroads: Alternative modernizations, post-liberalism, or post-development?, *Cultural Studies*, n.º 24, 2010, pp. 1-65. DOI: 10.1080/09502380903424208.
- ESCOBAR, ARTURO. Sustainability: Design for the pluriverse, *Development*, vol. 2, n.º 54, 2011, pp. 137-140. DOI: 10.1057/dev.2011.28.
- ETO Consortium: Extraterritorial Obligations (n. d.). En <<https://www.etoconsortium.org/en/main-navigation/about-us/eto-consortium>> (consultado 8 de marzo de 2019).

- Global Affairs Canada. The Government of Canada brings leadership to responsible business conduct abroad, 2018. En <https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2018/01/the_government_ofcanadabringsleadershiptoresponsiblenbusinesscond.html> (consultado 20 de febrero de 2019).
- GÓMEZ ISA, FELIPE. Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. En: BELLO, M. y AYLWIN, J. (eds.). *Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas*, Temuco, Chile, Observatorio Ciudadano, International Working Group for Indigenous Affairs, 2008, pp. 101-137.
- GUDYNAS, EDUARDO. Buen Vivir: Today's tomorrow, *Development*, vol. 4, n.º 54, 2011, pp. 441-447. DOI: 10.1057/dev.2011.86.
- GUDYNAS, EDUARDO. El nuevo extractivismo progresista en América del Sur: tesis sobre un viejo problema bajo nuevas expresiones. En: *Colonialismo del siglo XXI: negocios extractivos y defensa del territorio en América Latina*, Barcelona, Icaria, 2011, pp. 75-92.
- IGLESIAS MÁRQUEZ, DANIEL. Legal Avenues for Holding Multinational Corporations Liable for Environmental Damages in a Globalized World, *Aracé – Derechos Humanos em Revista*, vol. 3, n.º 2, 2015, pp. 58-74.
- MARIMAN QUEMENADO, PABLO. Making Alternatives Visible: The Meaning of Autonomy for the Mapuche of Cholchol (Ngulumapu, Chile). En: COLEMAN, WILLIAM, MCGREGOR DEBORAH, DE COSTA, RAVI y BLASER, MARIO (eds.). *Indigenous Peoples and Autonomy: Insights for a Global Age*, Vancouver: UBC Press, 2010, pp. 179-194.
- Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 4, n.º 29, 2011, pp. 578-590. DOI: 10.1177/016934411102900411.
- MCCORQUODALE, ROBERT y SIMONS, PENELOPE. Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law, *Modern Law Review*, vol. 4, n.º 70, 2007, pp. 598-625. DOI: 10.1111/j.1468-2230.2007.00654.x.
- MiningWatch Canada. NGOs Warn: 'Companies Duck Responsibility for Abuse Because of Flawed Human Rights Guidance, Lack of Independent Oversight', 2016. En <<https://miningwatch.ca/news/2016/3/9/ngos-warn-companies-duck-responsibility-abuse-because-flawed-human-rights-guidance>> (consultado 6 de marzo de 2019).
- MiningWatch Canada. Submission to the UN Working Group on Business and Human Rights ahead of its Visit to Canada, 2017. En <<https://www.miningwatch.ca/pu>>

blications/2017/3/6/submission-un-working-group-business-and-human-rights-ahead-its-visit-canada> (consultado 18 de febrero de 2019).

MOORE, JASON. 'Amsterdam is Standing on Norway'. Part 1: The Alchemy of Capital, Empire and Nature in the Diaspora of Silver, *Journal of Agrarian Change*, n.º 10, 2010, pp. 3368. DOI: 10.1111/j.1471-0366.2009.00256.x.

MOORE, JASON. The Rise of Cheap Nature. En: MOORE, JASON (ed.). *Anthropocene or Capitalocene? Nature, History, and the Crisis of Capitalism*, Oakland, CA, PM Press, 2016, pp. 78-115.

Natural Resources Canada. Canadian Mining Assets, 2019. En <<https://www.nrcan.gc.ca/mining-materials/publications/19323>> (consultado 18 de febrero de 2019).

NOLAN, JUSTINE. The corporate responsibility to respect human rights: soft law or not law? En: DEVA SURYA y BILCHITZ, DAVID (eds.). *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Protect?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 138-161.

Oficina del Alto Comisionado. *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2011. En <http://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=194%3Aprincipios-rectores-sobre-las-empresas-y-los-derechos-humanos-puesta-en-practica-del-marco-de-las-naciones-unidas-para-protoger-respetar-y-remediar&catid=17&Itemid=278> (consultado 3 de marzo de 2019).

QUIJANO, ANÍBAL. Coloniality of Power and Eurocentrism in Latin America, *International Sociology*, vol. 2, n.º 15, 2000, pp. 215-232. DOI: 10.1177/0268580900015002005.

RADCLIFFE, SARAH. Development for a postneoliberal era? Sumak kawsay, living well and the limits to decolonisation in Ecuador, *Geoforum*, vol. 2, n.º 43, 2012, pp. 240-249. DOI: 10.1016/j.geoforum.2011.09.003.

SALOMON, MARGOT y SEIDERMAN, IAN. Human Rights Norms for a Globalized World: The Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the area of Economic, Social and Cultural Rights, *Global Policy*, vol. 3, n.º 4, 2012, pp. 458-462. DOI: 10.1111/j.1758-5899.2012.00206.x.

SIMPSON, LEANNE. *Dancing on Our Turtle's Back: Stories of Nishnaabeg Re-Creation, Resurgence and a New Emergence*, Winnipeg, ARP Books, 2011.

- Sixth Commission of the EZLN. *Critical Thought in the Face of the Capitalist Hydra 1*, Durham, NC, PaperBoat Press, 2016.
- SVAMPA, MARISTELLA. 'Consenso de los Commodities' y lenguajes de valoración en América Latina, *Nueva Sociedad*, n.º 244, 2013, pp. 30-46.
- TAIAIAKE, ALFRED y CORNTASSEL, JEFF. Being Indigenous: Resurgences Against Contemporary Colonialism. *Government and Opposition*, vol. 4, n.º 40, 2005, pp. 597-614. DOI: 10.1111/j.1477-7053.2005.00166.x.
- TAIAIAKE, ALFRED. Cultural Strength: Restoring the Place of Indigenous Knowledge in Practice and Policy, *Australian Aboriginal Studies*, n.º 1, 2015, pp. 3-11.
- WALSH, CATHERINE. Political-Epistemic Insurgency, Social Movements and the Refounding of the State. En: MORAÑA, MABEL y GUSTRAFSON, BRET (eds.). *Rethinking Intellectuals in Latin America*, Madrid, Iberoamericana, 2010, pp. 199-211.
- WETTSTEIN, FLORIAN. Normativity, Ethics, and the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Critical Assessment, *Journal of Human Rights*, vol. 2, n.º 14, 2015, pp. 162-182. DOI: 10.1080/14754835.2015.1005733.

PAULA ROBLEDO SILVA*

DANIEL RIVAS-RAMÍREZ**

CAPÍTULO 2

*Cuando la leyenda de El Dorado se hace realidad:
análisis sobre las tensiones entre los intereses económicos
y los derechos de los pueblos indígenas*

RESUMEN

Cuenta la leyenda de El Dorado que durante la época de la conquista los colonizadores emprendieron una campaña para encontrar un tesoro inmensurable de riquezas en oro; sin embargo, nunca lo encontraron. Cientos de años después, una nueva forma de colonización llegó al continente con la recepción del derecho internacional de las inversiones; con el agravante que, a diferencia de lo que ocurrió en el siglo XV, en esta oportunidad cuenta con el auspicio de las autoridades locales, lo que facilitará el encuentro de El Dorado y la extracción del oro restante de la región, afectando sustancialmente a los pueblos indígenas. A partir de lo anterior, este capítulo se ocupa de evidenciar cómo el derecho internacional de la inversión extranjera es una herramienta neocolonial, cuya entrada a países como Colombia se debe a una decisión soberana del Gobierno, sin importar los costos que ello supone para los pueblos indígenas y los demás intereses públicos nacionales. Así las cosas, empezaremos por analizar cómo la política exterior colombiana en materia económica es proclive a favorecer a los inversionistas extranjeros y después explicaremos cuáles son algunos de los principales efectos negativos que el derecho internacional de la inversión extranjera tiene para los pueblos indígenas. Finalmente, lo ejemplificaremos por medio del caso de Cosigo & Tobie Mining, en donde se aprecian tales efectos sobre los pueblos indígenas.

Palabras clave: inversión extranjera, pueblos indígenas, empresas multinacionales, Colombia, Cosigo & Tobie Mining, Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis.

* Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid (España). Defensora delegada para los asuntos constitucionales y legales de la Defensoría del Pueblo y docente investigadora de los departamentos de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: <paula.robledo@uexternado.edu.co>; número Orcid: 0000-0002-7950-5233.

** Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Coordinador editorial de la revista *Latin American Law Review* de la Universidad de los Andes y miembro en formación del Instituto Internacional de Derechos Humanos - Capítulo Colombia. Contacto: <danielrivasm@hotmai.com>; número Orcid: 0000-0002-8191-9996.

WHEN EL DORADO LEGEND COMES TRUE:
ANALYSIS ABOUT THE TENSION BETWEEN ECONOMIC
INTERESTS AND INDIGENOUS PEOPLES' RIGHTS

ABSTRACT

El Dorado Legend tells that during the time of the Conquest the colonizers undertook a campaign to find an immeasurable treasure of richness in gold, however, they never found it. Hundreds of years later, a new form of colonization reached the continent with the reception of international investment law; with the aggravating circumstance as long as this time, the colonizing campaign has the auspice of local authorities, which will facilitate reaching El Dorado and the extraction of gold from the region, affecting the peoples indigenous. This chapter deals with evidencing that the international law of foreign investment is a neocolonial tool that enters into countries like Colombia as consequence of a sovereign decision from the Government, regardless of the costs that this implies for indigenous peoples and the other national public interests. Thus, we will begin to analyze how Colombian foreign policy in economic matters is prone and favors foreign investors and then explain some of the main negative effects that international investment law has on indigenous peoples. Lastly, we will show how these negative effects can be seen in the Cosigo & Tobie Mining case.

Key words: Foreign investment, indigenous peoples, multinational corporations, Colombia, Cosigo & Tobie Mining, Natural National Park Yaigójé Apaporis.

INTRODUCCIÓN

En los años mil cuatrocientos las embarcaciones españolas “descubrieron” América Latina, encontrando en ella un “nuevo” mundo lleno de riquezas en oro y plata, que después se convertirían en parte del sustento de la Corona. Los *indios* no estaban preparados para enfrentarse al poder español ni a las sorpresas que con él venían y por ello, en gran medida, se vieron forzados a aceptar las condiciones impuestas por el Imperio, con lo cual perdieron gran parte de su independencia, su autonomía y su grandeza. La fórmula binaria “civilización - barbarie” jugó un papel determinante y permitió la aparición de un sistema de clasificación (y estratificación) por razas, la *castellanización*, la esclavitud y la encomienda, entre muchas otras instituciones que ahondaban

en los esfuerzos por someter a los pueblos ancestrales y explotar al máximo sus riquezas¹.

Cientos de años después, una nueva forma de colonización encontró asiento en el mundo, que se aprecia en particular en el caso de América Latina (y en general del Sur Global). Por medio del binomio “desarrollo – subdesarrollo” se consiguió ya no la categorización entre ciudadanos, sino entre países y se convirtió a los Estados *subdesarrollados* en sujetos con voz, pero no con un voto verdadero dentro de la comunidad internacional². En consecuencia de esa lógica inclusión – exclusión, los países *subdesarrollados* se han convertido en un medio para los intereses de los que sí están *desarrollados*, en particular en un escenario dentro del cual el poder depende inevitablemente del factor económico³.

Con el paso de los años, diferentes mecanismos y herramientas han aparecido para aprovecharse de la premisa del *desarrollo*, manipulando y condicionando la libertad y la autonomía de los Estados *subdesarrollados*. Este es el caso de los acuerdos de protección y promoción a la inversión extranjera que aparecieron a finales de la década de los cincuenta como parte de un experimento jurídico desarrollado por Alemania. Fue en ese entonces que, en respuesta al proceso de descolonización, se convertiría a Pakistán en *conejillo de indias* para establecer una nueva estructura para blindar la propiedad privada y los intereses económicos de los nacionales alemanes⁴. Una iniciativa que tras resultar exitosa, aprovechando al máximo la relación entre dinero, poder

1 RODRÍGUEZ CUENCA, JOSÉ VICENTE. *Las enfermedades en las condiciones de vida prehispánica de Colombia*, Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 267.

2 Con esto no hacemos referencia a la figura formal de la capacidad de voto que tienen o no los países en las decisiones que se toman en los diferentes foros de negociación y decisión del escenario internacional. Más allá de la institución del *voto*, hablamos sobre la verdadera “participación” que tienen estos Estados en la comunidad internacional, la cual en realidad es prácticamente nula, dado que no tienen la misma importancia que los países desarrollados. KENNEDY, DAVID. *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*, Estados Unidos, Princeton University Press, 2016.

3 LINDAHL, HANS. *Legal Authority and the Globalisation of Inclusion and Exclusion*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2018.

4 URUEÑA, RENÉ y PRIETO-RÍOS, ENRIQUE Alberto. *Derecho de la inversión extranjera y acuerdos de paz: tensiones y soluciones*. En: CÉSPEDES-BÁEZ, LINA y PRIETO-RÍOS, ENRIQUE (eds.). *Utopía y oportunidad fallida: análisis crítico del Acuerdo de Paz*, Universidad del Rosario, 2017, p. 160.

y desarrollo, terminaría haciéndose popular y replicándose hasta el 2018 en más de 3.322 oportunidades⁵.

La inversión extranjera ha sido vendida a los Estados *subdesarrollados* bajo la falsa premisa del desarrollo, asegurando que *a mayor atracción de capital extranjero, habrá mayor desarrollo*⁶. Esto ha supuesto que la gran mayoría de los países de América Latina y el resto del Sur Global hayan entrado en el universo de la inversión extranjera, aceptando las condiciones impuestas por este sistema y, en algunos casos, reconociendo los riesgos y efectos colaterales que puede generar. En el caso latinoamericano, los acuerdos de protección y promoción a la inversión (APRI) y la inversión extranjera en general se han convertido en la regla general para legitimar y desarrollar proyectos extractivos relacionados con los recursos naturales que aún existen dentro del territorio regional.

Por su parte, Colombia no ha sido ajena a este fenómeno y, sorprendida por el potencial *desarrollista* que tiene la inversión extranjera, ha abierto sus puertas a las empresas multinacionales. Sin embargo, al idealizar la noción de *desarrollo*, y admitir el sistema de la inversión extranjera, se ha puesto en vilo el interés público nacional y a los pueblos originarios y ancestrales del país en el entendido que gran parte de los recursos naturales se encuentran en sus territorios.

Partiendo de esta realidad, este artículo tiene por objeto reconocer que, si bien el derecho internacional de la inversión extranjera puede ser un nuevo vehículo para la colonización⁷, se consolida mediante una decisión soberana del Estado colombiano que privilegia los intereses económicos privados extranjeros, lo que afecta gravemente el interés público nacional y los derechos de

5 Esta cifra incluye no solo los Acuerdos de Protección y Promoción a la Inversión Extranjera (APRI), sino también aquellos tratados de libre comercio que cuentan con un capítulo de inversión (altamente asimilable a un APRI). Solo en el caso de los APRI son 2946 tratados. Unctad. *World Investment Report 2018: Investment and New Industrial Policies*, United Nations, 2018, p. 88.

6 Cuando hablamos de la *falsa premisa del desarrollo* hacemos referencia al racionamiento en el que, *a mayor capital, mayor desarrollo*. No obstante, no por ello estamos desconociendo que la inversión extranjera puede tener una serie de efectos “positivos” dentro de los países receptores de la inversión que de una u otra manera inciden en el desarrollo; un buen ejemplo de ello es la transferencia de conocimiento y tecnología. Al respecto se puede ver la segunda parte del trabajo de FOSTER, GEORGE. Foreign Investment and Indigenous Peoples: Options for Promoting Equilibrium Between Economic Development and Indigenous Rights, *Michigan Journal of International Law*, vol. 33, n.º 4, 2012, p. 27.

7 PRIETO-RÍOS, ENRIQUE ALBERTO. Encrypted International Investment Law. En: SANÍN-RESTREPO, R. (ed.). *Decrypting Power*, Rowan & Littlefield, 2018, p. 49.

los pueblos indígenas. Para tales efectos, al hilo de la leyenda de El Dorado, se analizará la forma en la que la inversión extranjera tiene serios efectos negativos en los pueblos indígenas del país. De esta manera, la primera parte del artículo presentará cómo la admisión de la inversión extranjera ha sido resultado de una decisión soberana, reflejada en la política exterior colombiana. Después se presentarán en términos generales los potenciales efectos nocivos que ella puede tener en los pueblos indígenas; estos se evidencian en la tercera parte del documento en donde analizaremos el caso de Cosigo & Tobie Mining en la Amazonía colombiana. Finalmente, concluiremos mostrando cómo la apertura nacional a la inversión extranjera será la llave que finalmente conduzca a los *conquistadores* a encontrar el tesoro de El Dorado.

I. UN ESCENARIO PROLÍFICO PARA LA CONQUISTA

Mientras que en el siglo XV la llegada del imperio español a América Latina tomó por sorpresa a los pueblos originarios de la región, el aluvión de inversionistas extranjeros y multinacionales no ha sido para nada inesperado. A diferencia de lo que ocurrió en la conquista, este nuevo proceso de colonización se caracteriza porque los Estados latinoamericanos no solo están esperando la llegada de los extranjeros, sino que además la están promoviendo. En pocas palabras, la admisión de las multinacionales en territorio latinoamericano y la autorización para su explotación de los recursos naturales (entre otras actividades) hace parte de una decisión soberana de los Estados de la región.

Pese a que la celebración de tratados internacionales de inversión corresponde a decisiones soberanas, ello no quiere decir que se trate de decisiones libres e informadas. Por el contrario, puede defenderse que se trata de medidas que son tomadas por los Estados *subdesarrollados* con miras a participar dentro del sistema económico internacional y para lograr alcanzar, eventualmente, el estándar del *desarrollo*. En suma, se trata de acciones que se realizan, más que por el voluntarismo estatal, por la necesidad de entrar dentro de un sistema internacional constituido y operativo con base en los cánones del *primer mundo*.

Al igual que en el caso de la mayoría de los Estados latinoamericanos, Colombia ha sido uno de los países que, como consecuencia de esa necesidad inagotable por participar del sistema internacional, ha cedido ante la globalización y la internacionalización de la economía. Es así como en la década de los noventa, cuando se adoptó la nueva Constitución nacional, se acogieron los postulados del Consenso de Washington y se estableció un mandato

para la internacionalización de la economía nacional y la libre circulación de corporaciones⁸.

Como parte de esta apertura económica al mercado internacional, una de las políticas exteriores que se ha mantenido constante con el paso de los años (y de los gobiernos de turno) ha sido la de promover y proteger la inversión extranjera en Colombia⁹. De esta manera, desde el año 1991 hasta la fecha, Colombia ha celebrado más de veinte tratados internacionales de este tipo y ha creado un amplio espectro de protección a la inversión proveniente de más de treinta países¹⁰.

Ahora bien, en principio, este complejo entramado normativo que protege la inversión extranjera hace parte de nuestro ordenamiento jurídico y por tanto parecería estar condicionado al cumplimiento de los presupuestos constitucionales. Por lo anterior, podría concluirse que la protección a la inversión extranjera se encuentra limitada por el interés público y los derechos fundamentales de los colombianos. No obstante, la realidad indica lo contrario.

La experiencia latinoamericana, y en concreto la colombiana, muestran que los conflictos entre las normas internacionales de la inversión extranjera y las normas nacionales no pueden ser resueltos por medio del principio de la supremacía constitucional. Esta difícil dinámica entre ambos ordenamientos da lugar a una serie de riesgos que tienen incidencia en el grado de satisfacción de los derechos y que terminan por propiciar un nuevo escenario para la conquista de los recursos nacionales, como es lo que sucede con la alteración de la constitución económica y la naturaleza autónoma e independiente del derecho internacional de las inversiones. Veámoslo con más detalle.

8 PRIETO-RÍOS, ENRIQUE ALBERTO. BIT y la Constitución colombiana de 1991: internacionalización de la economía dentro de un Estado Social de Derecho, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, n.º 1, 2011, p. 139.

9 TOLE MARTÍNEZ, JULIÁN. La “neutralidad” de la Constitución económica colombiana. ¿Cómo racionalizar la economía social de mercado con la proliferación de tratados de libre comercio y tratados bilaterales de inversión? En PADRÓN PARDO, FLORALBA y CORREA HENAO, MAGDALENA (eds.). *¿El Estado constitucional en jaque?* Tomo II: *El Estado constitucional y el derecho internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 186.

10 Esta cifra corresponde a los acuerdos internacionales de promoción y protección a la inversión extranjera y a los tratados de libre comercio que contienen un capítulo relativo a la inversión. En concreto se trata de los tratados que han sido celebrados con Canadá, Corea, Chile, China, EFTA, España, Estados Unidos, Francia, India, Israel, Japón, México, Perú, Reino Unido, Singapur, Suiza, el Triángulo Norte, Turquía y la Unión Europea.

I. I. EL ANCLAJE A LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Tal y como lo hemos destacado ya, una de las características de la Constitución de 1991 tiene que ver con la implementación de las ideas neoliberales que se empezaron a desarrollar en el marco del Consenso de Washington. Prueba de ello es que ahora desde la academia y en la jurisprudencia constitucional se habla de la figura de la *constitución económica* en el interior de la Constitución nacional. En términos generales, este concepto agrupa disposiciones tanto orgánicas como dogmáticas que tienen que ver con las libertades y las actividades públicas económicas. Esto quiere decir que, por un lado, esta figura consagra y reconoce los derechos y libertades económicas; pero, por el otro, establece los poderes estatales para la intervención en la constitución económica y sus límites.

En tal sentido, dentro de los contenidos de la *constitución económica*, se ha identificado entre los principios estructurantes y procedimentales el que se encuentra en el artículo 226 de la Constitución y que establece un mandato para la internacionalización de las relaciones políticas, económicas y ecológicas del Estado¹¹. De acuerdo con Correa Henao, esta dimensión de la *constitución económica* se manifiesta en particular mediante tres tipos de tratados, entre los que se incluyen los tratados internacionales de libre comercio y de protección a la inversión extranjera¹². Estos últimos cobran especial relevancia en este contexto en el entendido que en gran medida, por el tipo de relaciones e intereses que protegen, definen la actividad económica productiva, el mercado, la libre competencia (componente fundamental de la *constitución económica*), el patrimonio público y el poder de intervención pública en la economía¹³.

Ahora bien, es de destacar que, como consecuencia de ello, a los tratados internacionales de contenido económico se les reconoce una mayor importancia frente a muchas otras disposiciones legales e incluso, en algunas oportunidades, constitucionales (al considerar que, al fin y al cabo, la constitución económica también se erige como límite a otros contenidos de la constitución nacional,

11 CORREA HENAO, MAGDALENA. El orden económico constitucional. En: CORREA HENAO, MAGDALENA, OSUNA, NÉSTOR y RAMÍREZ, GONZALO (eds.). *Lecciones de derecho constitucional*, tomo II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 706.

12 Sumados a estos tratados que desarrollan y privilegian los mercados abiertos, también están los tratados de derechos humanos y los tratados de integración regional económica. Al respecto ver: CORREA HENAO, MAGDALENA. El orden económico constitucional, cit.

13 CORREA HENAO, MAGDALENA. El orden económico constitucional, cit.

como es el caso de la constitución ecológica)¹⁴. Esto se explica al entender estos tratados como parámetros interpretativos así como también cláusulas de articulación del derecho internacional con el derecho interno colombiano; lo que se evidencia en particular al ver cómo la Corte Constitucional colombiana ha tratado en su jurisprudencia este tipo de normas internacionales, empleándolas como criterios de interpretación de diferentes tipos de normas nacionales¹⁵.

Por último, el anclaje que el derecho internacional de las inversiones tiene a la *constitución económica* cobra mayor relevancia al ver que ese andamiaje normativo internacional tiende a lo que expertos como Prieto-Ríos y Abramovich han llamado el *enfriamiento regulatorio*. Se trata entonces de aquel fenómeno que estas normas generan en el que los Estados receptores de la inversión terminan perdiendo su capacidad regulatoria de los diferentes asuntos públicos que pueden llegar a afectar la inversión extranjera, como el mercado o los pueblos indígenas¹⁶.

Así pues, el talante neoliberal de nuestra Constitución conduce a que este tipo de normas internacionales que protegen los derechos económicos de los inversionistas se integren de cierta manera a la llamada *constitución económica*; complicando con ello la ponderación de los intereses y derechos que entran en juego cuando la inversión extranjera afecta o pone en riesgo bienes jurídicos como el medio ambiente o los derechos de los pueblos indígenas.

I . 2 . DOS LENGUAJES: EL DERECHO INTERNO Y LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Una segunda cuestión que conduce a que el escenario para la conquista sea más prolífico es el origen internacional de la protección a la inversión extranjera.

14 RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL. *Las nuevas dinámicas de los ordenamientos jurídicos y la protección de bienes constitucionales: tres herramientas para el Estado en el arbitraje de inversión*, tesis de pregrado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, p. 54.

15 RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL. El derecho internacional de las inversiones, otro de los desaires de la jurisprudencia constitucional colombiana. En: ACOSTA LÓPEZ, JUANA, ACOSTA ALVARADO, PAULA y RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL. *De anacronismos y vaticinios: diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

16 PRIETO-RÍOS, ENRIQUE. Thinking on International Investment Law: From Colonialism to International Systemic Violence, PhD diss., Birkbeck College University of London, 2017; ABRAMOVICH, VÍCTOR. Poderes regulatorios estatales en el pluralismo jurídico global, *Global Campus Human Rights Journal*, vol. 1, 2017. pp. 141-164.

Al tratarse de obligaciones cuya vigencia y obligatoriedad tienen fundamento en normas internacionales cuya validez y coercibilidad son ajenas a nuestro ordenamiento jurídico, la resolución de un conflicto frente a una norma constitucional es aún más difícil y, por tanto, los intereses nacionales pueden verse comprometidos¹⁷. Veámoslo.

En términos generales, una norma internacional emerge cuando existe una convergencia de voluntades entre Estados. En el caso de los tratados internacionales (incluidos aquellos que protegen y promueven la inversión extranjera), estos cobran plena validez una vez las partes involucradas los han ratificado; existen, en todo caso, obligaciones preliminares y parciales entre la suscripción y la ratificación.

De acuerdo con nuestra Constitución nacional, los tratados internacionales entran a nuestro ordenamiento jurídico una vez ha sido proferida y sancionada la ley aprobatoria del tratado internacional correspondiente; lo que desde la doctrina ha sido asociado con un acto de transformación. En pocas palabras, la ley aprobatoria constituye un acto de refrendación interna frente a las obligaciones internacionales, envolviéndolas de efectos jurídicos plenos dentro del plano nacional e incluyéndolas, de cierta manera, dentro de nuestro sistema de fuentes.

Este *acto de transformación*, si bien para muchos académicos y practicantes del derecho internacional resulta determinante para que una norma internacional resulte válida dentro del plano interno, su ausencia o su posterior limitación o derogatoria no vician en ningún momento la validez internacional de la norma.

Tan solo para dar un ejemplo basta con pensar en un caso en el que un tratado internacional de inversión extranjera sea aprobado por el Congreso por medio de una ley aprobatoria de tratado internacional y que posteriormente su aplicación sea limitada por la Corte Constitucional, o en su defecto sea derogado por una nueva norma nacional. Estas decisiones soberanas, sean de la Corte Constitucional o del Legislativo, solo modularán los efectos internos que tiene el tratado internacional, pero, en virtud de los principios del derecho internacional, no limitan en ningún momento las obligaciones internacionales surgidas de tal tratado¹⁸.

17 ACOSTA LÓPEZ, JUANA, ACOSTA ALVARADO, PAULA ANDREA *et al.* Conclusiones generales del proyecto de investigación. En: ACOSTA LÓPEZ, JUANA, ACOSTA ALVARADO, PAULA y RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL. *De anacronismos y vaticinios...*, cit., p. 708.

18 En concreto nos referimos al principio de derecho internacional contenido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en el que se establece que ninguna

Esta doble naturaleza que cobra, para muchos, la norma internacional al ingresar al derecho nacional puede ser explicada también mediante la responsabilidad del Estado. Así las cosas, en el caso que un tratado que protege la inversión extranjera sea limitado en el ámbito nacional por la Corte Constitucional o alguna otra autoridad pública, no exonera de responsabilidad internacional a este Estado; ejemplo de ello es cómo, pese a la confluencia de intereses constitucionales e internacionales, Argentina fue condenado internacionalmente en más de una oportunidad por proteger los intereses que estaban tutelados vía su Constitución¹⁹.

En suma, pese a que el derecho internacional de la inversión extranjera entra a ser parte de nuestra pirámide normativa, no por ello pierde su naturaleza jurídica internacional. Es así como en realidad el derecho internacional y el derecho nacional, pese a mantener relaciones y dinámicas constantes, deben ser entendidos en principio como dos lenguajes diferentes, con implicaciones diferentes.

2. ENTRE EL ORO Y SUS GUARDIANES

Al igual que en la época de la Conquista, la explotación de recursos naturales viene acompañada de una serie de impactos para los pueblos indígenas. En los años mil cuatrocientos todo el territorio nacional pertenecía a los pueblos originarios; en cambio, hoy se estima que menos del 28% pertenece a ellos²⁰. Esta considerable disminución del territorio indígena durante los últimos seiscientos años ha sido resultado de los procesos de occidentalización y *desarrollo* que ha atravesado nuestro país. Consecuencia de lo anterior es que los territorios indígenas hayan sido reducidos hasta el punto de quedar exclusivamente en las zonas rurales del territorio nacional²¹. Es desde allí que las características

parte podrá invocar las disposiciones del derecho interno para justificar el incumplimiento de sus compromisos internacionales.

19 GARCÍA MATAMOROS, LAURA VALENTINA y ARÉVALO RAMÍREZ, WALTER. El estado de necesidad en el arbitraje de inversión: su invocación consuetudinaria y convencional en los arbitrajes Enron, Sempra, CMS, LG&E y Continental ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi), *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 17, 2017.

20 SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER. *Los pueblos indígenas en Colombia: derechos, políticas y desafíos*, Unicef, 2003, p. 26.

21 Los integrantes de los pueblos indígenas colombianos se encuentran distribuidos a lo largo y ancho del territorio nacional. Pero ello no quiere decir que el que haya población indígena

propias de los pueblos indígenas supervivientes dan lugar a la aparición de una serie de riesgos y efectos que tiene la inversión extranjera.

2.1. LA ESPECIAL VULNERABILIDAD DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Al estar ubicados los territorios indígenas en las zonas rurales, ello supone que los pueblos indígenas habitan aquellos lugares en donde se encuentran la mayoría de los recursos naturales no explotados; es decir, ocupan el epicentro de la inversión extranjera y la industria extractiva. Ahora bien, esta coexistencia de intereses sobre el territorio y sus recursos supone riesgos tanto para los indígenas como para los inversionistas extranjeros en el entendido que en principio no es posible proteger los derechos indígenas sin afectar los intereses económicos de los inversionistas, o viceversa.

Sumado a lo anterior, la Relatora Especial para los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas también ha destacado que la particular desproporción que hay en los efectos de la inversión extranjera frente a los pueblos indígenas radica en la relación especial que ellos mantienen con el territorio y la naturaleza. En la mayoría de los casos, las comunidades indígenas, y en particular las latinoamericanas, reconocen cierta sacralidad al territorio y a la naturaleza que les hace imposible explotar o aprovechar desmedidamente la tierra²².

Estas condiciones suponen, en el contexto colombiano, la existencia de un riesgo particular, que se caracteriza por ser grave y desproporcionado. Tal desproporción tiene origen en la especial vulnerabilidad que enfrentan los pueblos indígenas por la violencia sistémica que padecen en el interior del sistema nacional, en donde pese al reconocimiento del pluralismo cultural existen patrones históricos de discriminación que se manifiestan tanto en el plano institucional como en el social²³.

en los centros urbanos y capitales signifique que siguen siendo los titulares (formales) de esos territorios. Cuando hacemos alusión al aislamiento del territorio indígena nos referimos a aquel del que la población indígena es titular (jurídicamente hablando).

22 Human Rights Council. *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples*, A/HRC/33/42, 2016.

23 Corte Constitucional. Sentencia SU-217 del 2017, párs. 65, 67 y 70.

3. UNA NUEVA VIOLENCIA SISTÉMICA: LOS EFECTOS DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Como resultado de la sumatoria de factores entre la especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas y el diseño normativo e institucional de la inversión extranjera es posible concluir la aparición de una nueva violencia sistémica que termina por afectar a las comunidades indígenas. Esto cobra sentido al ver que ya no solo se repiten y mantienen los tradicionales patrones de discriminación social e institucional en contra de los grupos indígenas, sino que, además, se suman a ellos los patrones propios y discriminatorios de la inversión extranjera. Desde la doctrina se han identificado diferentes efectos nocivos que la inversión extranjera tiene frente a las comunidades indígenas dentro de los países receptores de la inversión y los cuales procedemos a explicar a continuación.

3.1. FALTA DE TRANSPARENCIA Y PARTICIPACIÓN

El primer gran efecto nocivo que se evidencia en el marco de la relación entre el derecho internacional de las inversiones (y el derecho internacional económico, en general) y los pueblos indígenas es el que tiene que ver con la ausencia de la participación de las comunidades ancestrales y los pueblos originarios en la negociación y la celebración de este tipo de tratados internacionales, así como en los procesos que resuelven las diferencias relativas a la inversión.

Con relación al proceso de negociación y celebración de este tipo de tratados, es claro que los intereses de los pueblos indígenas se encuentran subrepresentados, no solo por la ausencia física de representantes de estas comunidades, sino también porque los representantes del Estado rara vez los incluyen dentro de la agenda de negociación. Para evidenciar esto basta con ver cómo en ninguno de los procesos de negociación y celebración de los tratados económicos actualmente vigentes para Colombia participaron o fueron representadas las comunidades indígenas del país. Otro buen ejemplo es cómo la liberalización económica que se pretende a través de la ampliación de la Alianza del Pacífico tampoco ha sido consultada a los pueblos indígenas colombianos, a diferencia de lo que sí se ha hecho en el caso de Canadá y Nueva Zelanda, quienes son

dos de los países que buscan entrar a este acuerdo²⁴. Finalmente, un tercer y último ejemplo que puede dar fe de esta afirmación es la Sentencia C-187 del 2011 en la que la Corte Constitucional de Colombia declaró que no era necesario hacer consulta previa a los pueblos indígenas para celebrar y aprobar un tratado sobre informes de derechos humanos y libre comercio, en el entendido que el tratado “afectaba” a todo el pueblo colombiano y no solo a las comunidades indígenas.

Ahora bien, a lo anterior hay que sumar que esa ausencia de participación y representación no solo se limita a la celebración y negociación de los tratados, sino también a la solución de las diferencias surgidas con ocasión de ellos. Debido a la estructura y el diseño que tienen los mecanismos de solución de controversias relativas a la inversión, las vías para la participación de terceros (diferentes a los inversionistas o a los Estados) son mínimas; con el agravante que las opiniones y conceptos de los *amici curiae* son absolutamente subvaloradas a la hora de la toma de decisiones por parte de los árbitros internacionales²⁵. Ejemplo de ello es la forma en la que el tribunal de arbitramento hizo caso omiso a las declaraciones ofrecidas por parte de los representantes de las comunidades indígenas en el marco del caso Bear Creek Mining Corporation contra Perú²⁶.

3.2. PREVALENCIA SISTEMÁTICA DE LOS INTERESES DE LOS INVERSIONISTAS

Un segundo efecto que tiene la recepción del derecho internacional de la inversión extranjera tiene que ver con la forma en la que la balanza siempre se inclina a favor de los inversionistas extranjeros. Esto en buena parte tiene que ver con lo que hemos destacado ya con relación al anclaje de la inversión extranjera a la constitución económica, pero continúa y se agrava en el entendido

24 PRIETO-RÍOS, ENRIQUE ALBERTO y RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL. Neocolonialism and the Tension Between International Law and Indigenous Peoples: The Latin-American Experience. En: BORROWS, J. y SCHWARTZ, RISA (eds.). *Indigenous Peoples and International Trade: Building an Equitable and Inclusive International trade and Investment Agreement*, Cambridge University Press, 2019.

25 COLEMAN, JESSE y CORDES, KAITLIN. *International Investment and the Rights of the Indigenous Peoples*, Columbia Center of Sustainable Investment.

26 Bear Creek Mining Corporation v. Peru [2017], Icsid Case n.º ARB/14/21.

que el mismo andamiaje normativo que constituye esta rama del derecho internacional está diseñado de tal manera que proteja solamente los intereses económicos de los inversionistas extranjeros; tanto así que el mismo nombre de estos acuerdos internacionales así lo anticipa: “Acuerdos de *protección y promoción* a la inversión extranjera”.

Entre las principales características que este entramado normativo tiene está la facultad de acudir de manera directa a un foro internacional, autocontenido, para la resolución de cualquier problema que surja en el marco de la inversión protegida. Un sistema seudojurisdiccional que, además, no solo no da lugar a la participación de terceros interesados, sino que tampoco permite la apelación de las decisiones. Adicionalmente, el diseño y funcionamiento de este tipo de justicia se caracteriza por ser de carácter particular (por el tipo de personas que allí administran justicia), privado (por el carácter reservado de sus decisiones) y restringido (por su naturaleza autocontenida que restringe el derecho aplicable a sus decisiones).

Todas las anteriores características y su naturaleza discriminatoria, en cuanto a los pueblos indígenas y sus intereses, pueden ser apreciadas en casos como los de Chevron contra Ecuador o Burlington Resources Inc. contra Ecuador²⁷. Tanto en uno como en otro la justicia arbitral ejercida en el marco de los correspondientes tratados internacionales económicos dio lugar a una decisión contradictoria a la que habían o proferirían otras jurisdicciones como la constitucional ecuatoriana o la interamericana. Esto en el entendido que los árbitros internacionales tuvieron en cuenta únicamente las normas internacionales relativas a la inversión y privilegiaron su interpretación a favor de los inversionistas extranjeros.

3.3. EFECTOS MATERIALES EN LO CULTURAL Y LO SOCIAL

Finalmente, tal vez una de las categorías más preocupantes de los efectos de la inversión extranjera frente a los pueblos indígenas es la que tiene que ver con las implicaciones negativas que tiene en cuanto a su integridad social y cultural. Por las razones que hemos expuesto, al hablar de la especial vulnerabilidad que

27 Chevron and TexPEt v. Ecuador [2018], PCA Case n.º 2009 - 23, Second Partial Award on Track II, part VIII-001; Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador [2010], Icsid Case n.º ARB/08/5 (formerly Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)).

tienen los pueblos indígenas y en particular debido a su ubicación geográfica, la inversión extranjera puede tener graves efectos adversos en cuanto a la supervivencia de estas comunidades.

La presencia de proyectos extractivos en territorios indígenas puede dar lugar, entre otras cosas, a la exposición a enfermedades e infecciones exógenas a su sistema, a la contaminación química de sus recursos naturales vitales (como el agua, la flora y la fauna) y la destrucción de su ecosistema. Sumado a ello, la llegada de esta industria puede generar también la erosión de su cultura e identidad al exponerlos al diálogo con el personal de la compañía, que proviene de la sociedad mayoritaria e incluso de sociedades extranjeras. Por consiguiente, la sumatoria de ambas situaciones, junto con los intereses excluyentes que las multinacionales tienen en sus territorios, también da lugar al desplazamiento forzado y el desarraigo de las culturas, lo que puede convertirse en el final de una comunidad indígena²⁸.

Ahora bien, hasta el momento hemos mencionado apenas algunos de los muchos efectos que la inversión extranjera y el derecho internacional de las inversiones pueden y tienen sobre los pueblos indígenas. Ahora, a continuación, procederemos a ejemplificar cómo en una de las tantas controversias internacionales que han surgido en contra de Colombia con ocasión de tratados internacionales que protegen y promueven la inversión extranjera se evidencian estos efectos, como consecuencia de la decisión soberana del Estado de abrir su economía a este tipo de relaciones económicas, poniendo en riesgo intereses nacionales y constitucionales como lo son los derechos de los pueblos indígenas.

4. LANZAS CONTRA GIGANTES METÁLICOS

Tal y como lo hemos visto, la admisión del derecho internacional de la inversión extranjera da lugar a que se avecine(n) una(s) nueva(s) batalla(s) entre los pueblos originarios y los extranjeros. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurrió en la Conquista original, en esta oportunidad los colonizadores cuentan con el aval y el apoyo de las autoridades públicas nacionales, por lo que es probable que en esta oportunidad no solo se repita el genocidio indígena, sino que, además, los extranjeros encuentren El Dorado.

28 FOSTER, GEORGE K. Foreign Investment and Indigenous Peoples: Options for Promoting Equilibrium Between Economic Development and Indigenous Rights, *Michigan Journal of International Law*, vol. 33, issue 4, p. 627.

Para dar cuenta de lo anterior, a continuación narraremos lo que ha ocurrido y nos arriesgaremos a vaticinar lo que ocurrirá en el marco del caso de Cosigo & Tobie Mining contra Colombia, una de las trece demandas internacionales en contra de Colombia, surgidas en virtud de los acuerdos de protección y promoción a la inversión extranjera con la que las multinacionales persiguen una compensación que supera los 16 billones de dólares estadounidenses.

Para comprender a cabalidad el hilo narrativo de este caso es necesario reconocer la coexistencia de dos historias paralelas (la de la protección de los pueblos indígenas y la del desarrollo del proyecto extractivo de las multinacionales). Así las cosas, a continuación relataremos cada una de ellas.

4.1. UN MUNDO DE ENSUEÑO, LIBRE Y SEGURO

Por las razones que hemos señalado, la región de la Amazonía colombiana es no solo una de las más inexploradas y vírgenes del país, sino que además concentra una gran porción de los pueblos indígenas que aún subsisten en nuestro territorio. Por lo anterior, es apenas obvio que este sería uno de los primeros escenarios que procurarían protegerse con el reconocimiento de la diversidad cultural y la riqueza natural de nuestro país.

Así las cosas, la protección de los bienes medioambientales y las comunidades ancestrales del sur del país se remonta mucho más allá de la vigencia de la Constitución de 1991. De hecho, los primeros vestigios de la protección del medio ambiente y las cuestiones relativas en el Vaupés y la Amazonía se presentan en la década de los cincuenta con la expedición de la Ley Segunda de 1959, por la cual se dictan normas sobre economía forestal de la Nación y conservación de recursos naturales renovables. Por medio de ella se ordenó la creación de siete zonas de reservas forestales (ZRF) a lo largo y ancho del país²⁹. Entre ellas, la ZRF de la Amazonía, que incluye tanto el Departamento del Vaupés como el Departamento del Amazonas³⁰.

29 ZRF del Pacífico, ZRF Central, ZRF del Río Magdalena, ZRF de la Sierra Nevada de Santa Marta, ZRF de la Serranía de los Motilones, ZRF del Cocuy y ZRF de la Amazonía.

30 El artículo 1.7 de la Ley 2 de 1959 delimita la ZRF de la Amazonía en los siguientes términos: “Partiendo de Santa Rosa de Sucumbíos, en la frontera con el Ecuador, rumbo Noreste, hasta el cerro más alto de los Picos de la Fragua; de allí siguiendo una línea, 20 kilómetros al Oeste de la Cordillera Oriental hasta el Alto de Las Oseras; de allí en línea recta, por su distancia más corta, al Río Ariari, y por este hasta su confluencia con el Río Guayabero o el Guaviare, por el cual se sigue aguas abajo hasta su desembocadura en el Orinoco; luego se sigue la frontera con

Esto quiere decir que, desde ese momento, los recursos naturales y el territorio comprendido dentro de la reserva ascendieron a la categoría de constitucionalmente protegidos. En este sentido, esos bienes no solo quedaron cobijados por la obligación estatal de proteger el medio ambiente y la administración responsable de los recursos naturales, sino también por las normas relacionadas con las zonas forestales protectoras y los bosques de interés público previstos por el Decreto legislativo 2278 de 1953. En concreto, debido a su pertenencia a la categoría de ZRF, el aprovechamiento de los recursos quedó sujeto al régimen especial que dictaminase el Gobierno en ese entonces.

Posteriormente, en la década de los ochenta, el Incora mediante Resolución 035 de 1988 declaró la constitución de una serie de resguardos indígenas, entre los que se incluyeron el Resguardo Yaigojé Apaporis de 518.320 hectáreas³¹ y el Resguardo Vaupés de 3.375.125 hectáreas³². Así entonces, los territorios aquí incluidos pasaron a estar protegidos por el inciso segundo del artículo 329 de la Constitución que entró en vigor en 1991, al ser reconocidos como

Venezuela y el Brasil, hasta encontrar el Río Amazonas, siguiendo la frontera Sur del país, hasta el punto de partida”.

- 31 La delimitación del resguardo corresponde a la siguiente conforme a lo establecido por la Resolución: “Noreste: Desembocadura del caño Korubari. Norte: Río Apaporis aguas abajo, río Pirá-Paraná, caño Agua Blanca o Umuña, Resguardo Indígena del Vaupés. Este: Divisoria de aguas entre los afluentes del río Apaporis, sistema rocoso del oriente, quebrada Jotabeyá, divisoria de aguas entre las quebradas Jotabeyá, Alsacia, Chontaduro y Agua Blanca y de los afluentes del río Yaunas o Ugá, de los afluentes del río Ujca Vica o río Pare, caño Venado, aguas arriba por el río Apaporis, Trocha de Joaquín, divisoria de aguas entre los afluentes del río Apaporis y los afluentes del río Mirití-Paraná. Sur: Divisoria de aguas entre las quebradas Agua Blanca, afluentes del río Popeyacá y afluentes del río Mirití Paraná, Resguardo Indígena Mirití Paraná. Oeste: Divisoria de aguas entre los afluentes del río Popeyacá y de la quebrada Guacayá o Yapiyá, caño Korubari”.
- 32 La delimitación del resguardo corresponde a la siguiente, conforme a lo establecido por la Resolución: “Noreste: Hito Internacional Colombia-Brasil, Camanaos. Norte: río Isana, Margen derecha del río Pupunaua, confluencia del caño Aceite-río Papunaua. Oeste: río Querarí, río Cuduyarí, caño Paraná-Pichuna, caño Pindaiba, río Vaupés, bocas del caño Cuya, trocha Tío Barbas, caño Pirandira, caño Tui, trocha que comunica el caño Tui con el caño Negro, caño Cananarí, caño Churuco hasta su desembocadura en el río Apaporis, bocas del Pirá en la confluencia del río Apaporis y el río Pirá-Paraná, caño Umuña. Este: Nacimiento del río Taraira donde se encuentra el Hito Internacional Colombia-Brasil siguiendo el límite Internacional hasta el Hito Internacional llamado Melo Franco en orillas del río Papurí se sigue el límite hasta la confluencia del río Papurí-río Vaupés, Yavaraté, río Vaupés aguas arriba hasta la desembocadura del río Querarí, Camanaos”.

derecho colectivo y no enajenable. Esto quiere decir que, en realidad desde ese momento, perdió cualquier posibilidad de ser comerciable.

Finalmente, el proyecto de la delimitación y declaración del Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis inició con la solicitud realizada por Asociación de Capitanes Indígenas del Yaigojé Apaporis (Aciya)³³ el 17 de marzo del 2008 ante MinAmbiente. Para ello, el Ministerio y Parques Nacionales Naturales diseñaron y establecieron los criterios para la realización de la consulta previa, conforme a los estándares nacionales e internacionales, y procedieron a realizarla aun cuando el Ministerio del Interior le había notificado a Parques Nacionales Naturales que no se cumplía con todos los requisitos previstos nacional e internacionalmente para ello.

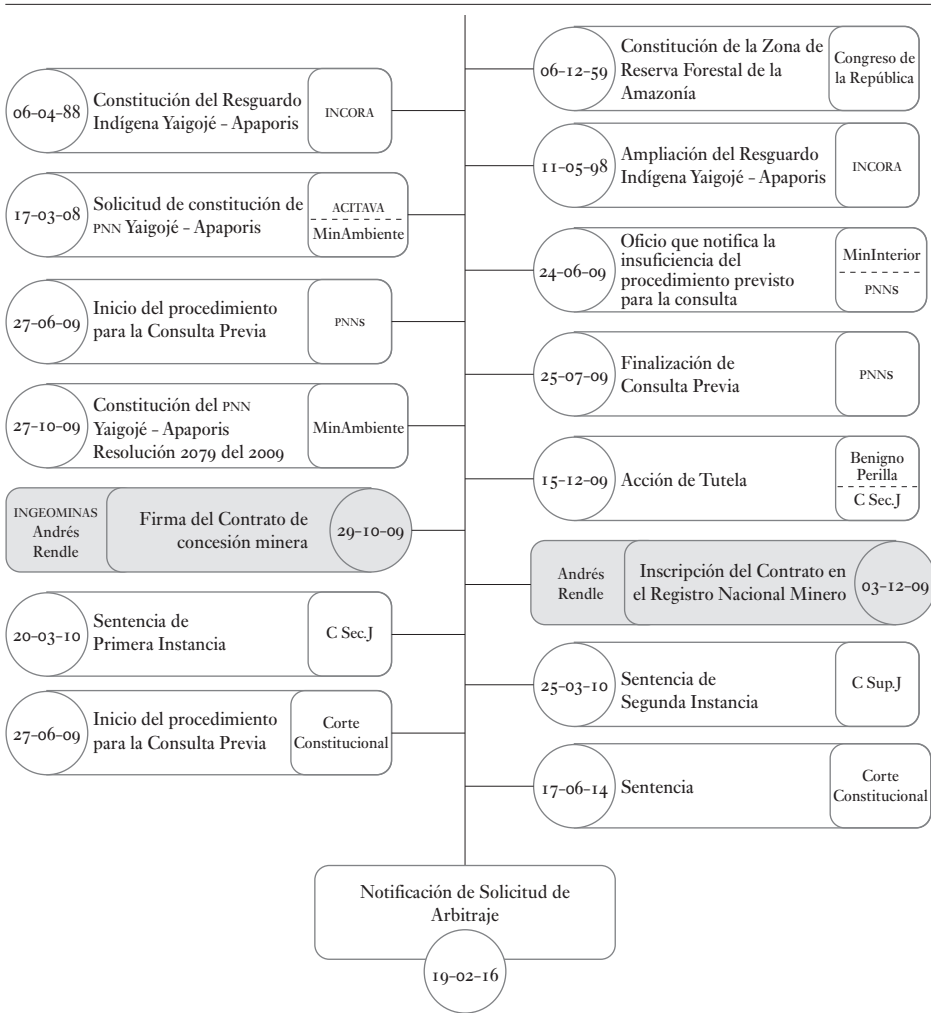
El proceso de consulta previa transcurrió por cerca de un mes, concluyó el 25 de julio del 2009 y se autorizó la constitución del parque, debido a que las comunidades indígenas que serían afectadas por la decisión estaban de acuerdo con ello. Esto llevó a que finalmente el 27 de octubre de ese mismo año el Ministerio del Medio Ambiente, mediante Resolución 2079 del 2009, declarara la constitución del Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis.

Como respuesta a tal decisión sobre la constitución del parque, una organización representativa de una porción de los grupos indígenas en cuestión instauró una acción de tutela en su contra, alegando que su derecho fundamental a la consulta previa había sido vulnerado. De allí que en Sentencia T-384A del 2014 la Corte Constitucional declarara que la constitución del parque estaba en orden y que por tanto no se había vulnerado el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas³⁴.

33 Resolución 0135 del 11 de octubre de 2002.

34 Para resumir las razones que llevaron a esta decisión podemos señalar que para la Corte se cumplió a cabalidad con el debido proceso en la consulta previa, toda vez que se llevó a cabo un acto preparativo³⁶, una preconsulta³⁶, una convocatoria pública y suficiente³⁶, una socialización masiva de la intención³⁶, la divulgación y difusión del proyecto y sus posibles consecuencias –positivas y negativas–³⁶ y la protocolización cumplió con los requisitos necesarios. De igual manera, la Corte estableció que la constitución del PNN no implicaba una limitación o afectación al derecho a la propiedad colectiva ni a la autonomía de las autoridades indígenas. Esto debido a que, tal y como se encontró probado en el proceso, las autoridades del PNN ya habían desplegado los actos necesarios para reconocer y articularse con las comunidades indígenas, respetándoles su autonomía y su propiedad dentro de los estándares constitucionalmente establecidos.

FIGURA 1. CRONOLOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN DEL PNN YAIGOJÉ APAPORIS



Fuente: elaboración propia.

4.2. UNA NUEVA CAMPAÑA POR EL ORO

Por otro lado, la historia relacionada con el proyecto minero de Cosigo y Tobie Mining en la zona del Taraira en el Vaupés tiene origen en tiempos más recientes. En concreto, con la solicitud que hizo Tobie Mining el 17 de julio del 2007 para la concesión minera para la exploración y explotación de los

tres yacimientos ubicados en esa zona. Al respecto, Ingeominas respondió a la propuesta (denominada bajo la referencia IGH-15001X), el 14 de abril del 2009, señalando la sobreposición de la zona de interés para el proyecto con la ZRF de la Amazonía³⁵.

Posteriormente, Ingeominas notificó el otorgamiento de la concesión minera al representante de la multinacional, el 16 de septiembre del 2009. No obstante, la firma del contrato de concesión tuvo lugar únicamente hasta el 29 de octubre de ese mismo año y su inscripción posterior en el Registro Nacional Minero no fue sino hasta el 3 de diciembre.

Tomando en consideración que tanto la firma como la inscripción en el registro fueron posteriores a la constitución del Parque Yaigojé Apaporis, la entidad Parques Nacionales Naturales notificó al concesionario de la imposibilidad de ejecutar el objeto de su contrato debido a la protección constitucional de la zona con base en la delimitación del parque³⁸. Consecuencia de ello fue que posteriormente Ingeominas mediante Resolución DSM 0112 del 6 de julio del 2011 ordenó el cese de actividades de exploración y explotación y el retiro y desalojo de las inmediaciones del proyecto ubicadas dentro del parque. Si bien los representantes de la multinacional adelantaron los recursos correspondientes en contra de la decisión, la determinación definitiva de Ingeominas fue la de mantener la orden de retiro y desalojo.

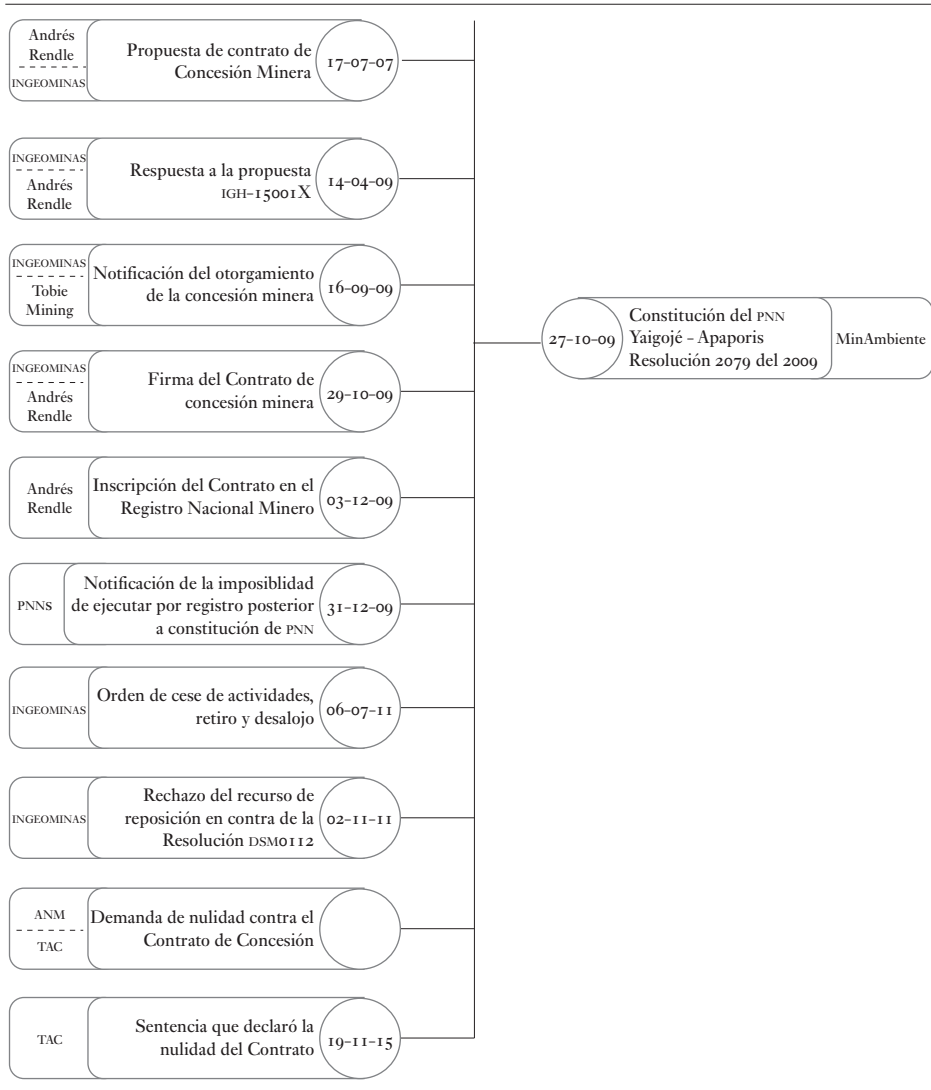
Finalmente, el contrato de concesión fue demandado por la Agencia Nacional de Minas (entidad que reemplazó a Ingeominas) con el objetivo de ser declarado nulo por su objeto ilícito. Situación que terminó por ser zanjada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al ser declarado nulo mediante sentencia del 19 de noviembre del 2015.

Ahora bien, de la revisión de la minucia de los detalles fácticos es posible evidenciar que hay una serie de puntos en los que se entrelazan las historias. De esta manera, es claro que hay una coincidencia de intereses por un mismo territorio, el cual además venía atravesando procesos diferentes con relación a su protección y su destinación y por lo cual además no sería posible una solución intermedia que satisficiera tanto a las comunidades indígenas como a los inversionistas extranjeros. Por lo anterior, es necesario revisar las implicaciones

35 En ella se destacó que para efectos de proceder a conceder la concesión en cuestión sería necesario que se pudiese garantizar la coexistencia de ambas actividades y áreas, contar con todos los permisos ambientales correspondientes y, finalmente, que se realizase la consulta previa correspondiente, debido a que la decisión podría afectar a varias comunidades indígenas.

que tiene esta coexistencia entre la inversión extranjera y las comunidades indígenas en el marco del caso Cosigo & Tobie Mining contra Colombia.

FIGURA 2. CRONOLOGÍA DEL PROYECTO MINERO DE COSIGO Y TOBIE MINING



Fuente: elaboración propia.

5. EL ENFRENTAMIENTO PREVIO A EL DORADO

De las dos historias que hemos relatado hasta el momento, es evidente la coexistencia de intereses (excluyentes) en un mismo territorio en el entendido que la veta aurífera sobre la que versa el proyecto de la multinacional se encuentra en tierras indígenas. Por lo anterior, y considerando lo que hemos destacado en las primeras páginas de este capítulo, es evidente que existe una serie de riesgos y efectos adversos para los pueblos indígenas aledaños a la veta del Taraira Sur que ya se hacen evidenciables, incluso antes de que el caso sea resuelto por los árbitros internacionales.

Para empezar, hay que señalar que ningún pueblo indígena del país hizo parte del proceso de negociación y celebración del Tratado de Libre Comercio firmado entre Colombia y Estados Unidos en el entendido que a los ojos del Gobierno nacional y de la Corte Constitucional no era necesario, al no afectar de manera directa e individual los derechos de los pueblos indígenas³⁹. Esto quiere decir que, de entrada, las comunidades indígenas se vieron subrepresentadas y discriminadas en el proceso de negociación de un instrumento que en realidad no solo podía generar una afectación directa, sino que podría tener sendos y gravísimos efectos adversos sobre sus derechos, tal y como lo ha destacado *a posteriori* la Relatora Especial para los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas⁴⁰.

Sumado a lo anterior, hay que destacar que en este caso el riesgo de exposición y de erosión cultural se concretó al ver cómo la multinacional no solo contactó directamente a las comunidades indígenas, sino que además se entrometió mediante maniobras engañosas y fraudulentas en el proceso de consulta previa para la constitución del Parque Nacional Yaigojé Apaporis⁴¹.

Una tercera cuestión por medio de la cual se evidencian los efectos negativos que este tipo de tratados tienen sobre los derechos de los pueblos indígenas y que ocurre en esta oportunidad es la de la prevalencia de los intereses de los inversionistas extranjeros sobre los de los pueblos indígenas que se ha gestado gracias a la apertura económica de nuestro Estado. Esto se evidencia en el entendido que pese a que media una decisión de la Corte Constitucional (órgano de cierre de la jurisdicción constitucional) que establece la legalidad de la constitución del Parque Nacional Natural (y con ello la protección a los intereses y derechos de los pueblos indígenas en cuestión), el sistema dio a lugar que Cosigo & Tobie Mining pudiesen acudir de manera directa a la jurisdicción internacional para la tutela de sus intereses.

Esta demanda internacional tiene fundamento en el capítulo décimo del Tratado de Libre Comercio que versa sobre la inversión extranjera y en concreto en el artículo séptimo de este capítulo que habla sobre la expropiación. El primero de los cargos se fundamenta en que se les había realizado una expropiación basada en fraude, toda vez que se les habían afectado sus derechos sobre el yacimiento aurífero ubicado en –y llamado– Taraira Sur, a raíz de una medida tomada a partir de razones fraudulentas. Para explicar tal afirmación, los demandantes traen a colación que las mayorías que participaron en la consulta previa para la constitución del Parque Nacional Natural fueron falsas; que las firmas recogidas en el acta de protocolización de la consulta previa también eran falsas y finalmente que, en la audiencia pública ante la Corte Constitucional, se habían realizado actos de fabricación de falsas identidades para reemplazar a los directivos de la Asociación de Capitanes Indígenas de Taraira-Vaupés (Acitava). Actos que fueron orquestados y realizados, según la empresa, por Parques Nacionales Naturales, MinAmbiente y la Fundación Gaia Amazonas (FGA). El segundo cargo reclamaba que la expropiación –indirecta– había sido realizada sin la compensación correspondiente, incluso en contradicción de nuestro ordenamiento jurídico nacional. Así mismo, que se trataba de una expropiación indirecta toda vez que era por causa de Parques Nacionales Naturales que no estaban pudiendo desempeñar las actividades exploratorias.

Ahora bien, debido a la naturaleza de la justicia que se administra en el arbitraje internacional de inversiones y dado que Colombia aún no tiene experiencia de defensa en esos escenarios es difícil señalar con certeza lo que ocurrirá. Pese a lo anterior, debido a los elementos de análisis que hemos señalado y la experiencia comparada latinoamericana, es factible predecir lo que podrá llegar a ocurrir.

Así las cosas, es posible prever que debido al foro que se ha elegido para la solución de esta controversia, es decir, el arbitraje de inversión, es posible prever que no habrá lugar a la participación de las comunidades indígenas dentro del proceso; y que, en caso tal de que acepten su presencia como *amicus curiae*, no serán tenidas en cuenta. Sumado a ello, debido al derecho aplicable para la solución de la controversia y el *modus operandi* de este tipo de tribunales, la decisión será tomada con base en el tratado de libre comercio sin tener en consideración el derecho constitucional ni las demás disposiciones de derecho internacional que pertenecen a otros regímenes como el del derecho internacional de los derechos humanos.

Consecuencia de lo anterior, el Estado colombiano tendrá dos posibilidades. Por un lado, podrá continuar con el proceso de arbitraje y elevar su defensa con la esperanza de conseguir la no condena; o en su defecto podrá resolver la situación concediendo de nuevo las licencias correspondientes para la explotación de los recursos auríferos de la zona Taraira Sur, afectando materialmente a las comunidades indígenas y dando lugar a un eventual proceso ante otro foro internacional como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En cualquiera de ambos casos, Cosigo & Tobie Mining encontrará El Dorado, sea en oro o en dólares.

CONCLUSIONES

La historia de Colombia y de Latinoamérica en general está lejos de lograr escapar de los arquetipos y la repetición pronosticados por el mito del eterno retorno. Las relaciones de sometimiento son apenas uno de los muchos ejemplos de ello, solo que con el agravante que al parecer no solo no logramos salir de la repetición de la historia, sino que parecería que facilitamos su curso. Esto es justamente lo que ocurre con la recepción del derecho internacional de la inversión extranjera dentro de nuestros ordenamientos nacionales; muchas veces damos pie a que ocurra una nueva forma de colonización, solo que, en esta oportunidad, blindada por todos los frentes.

Tal y como lo hemos destacado, la admisión de la inversión extranjera por medio de tratados internacionales que la protegen y la promueven a veces no solo abre la puerta para la afectación de los intereses nacionales y los derechos de los pueblos indígenas, sino que además los termina sacrificando gracias a una decisión soberana en pro de una añoranza por el desarrollo. Una decisión que se consolida y fortalece con el paso de los años y con la firma de más y más tratados de este tipo, pero que, proporcionalmente, aumenta el riesgo y los daños a nuestras comunidades indígenas.

En esta oportunidad hemos visto en términos generales únicamente tres de los muchos efectos adversos que tiene la inversión extranjera (y el derecho que la protege) sobre los derechos de los pueblos indígenas. Se trata de la renovación y consolidación de nuevos patrones discriminatorios que pretenden silenciar y excluir cada vez más las voces de los pueblos indígenas, propiciando su erosión y su paulatina desaparición.

El caso de Cosigo & Tobie Mining es apenas uno de los muchos en los que se ve cómo una empresa multinacional, legitimada por un instrumento internacional sobre inversión extranjera, termina por contaminar y poner en

riesgo la integridad y la subsistencia de las comunidades indígenas nacionales. Sin embargo, es un caso que resulta ideal para evidenciar cómo la política exterior colombiana (como manifestación de la soberanía nacional) en muchas ocasiones conduce a las multinacionales a encontrar, sin margen de error, el tesoro de El Dorado.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, VÍCTOR. Poderes regulatorios estatales en el pluralismo jurídico global. *Global Campus Human Rights Journal*, vol. 1, 2017, pp. 141-164.
- ACOSTA LÓPEZ, JUANA, ACOSTA ALVARADO, PAOLA ANDREA *et al.* Conclusiones generales del proyecto de investigación. En: ACOSTA LÓPEZ, JUANA, ACOSTA ALVARADO, PAOLA ANDREA y RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL. *De anacronismos y vaticinios: diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Bear Creek Mining Corporation v. Perú (2017). Icsid Case n.º ARB/14/21.
- Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador. Icsid Case n.º ARB/08/5 (formerly Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador), 2010).
- Chevron and TexPEt v. Ecuador. PCA Case n.º 2009-23, Second Partial Award on Track II, part VIII-001, 2018.
- COLEMAN, JESSE y CORDES, KAITLIN. *International Investment and the Rights of the Indigenous Peoples*, Columbia Center of Sustainable Investment.
- CORREA HENAO, MAGDALENA. El orden económico constitucional. En: CORREA HENAO, MAGDALENA, OSUNA, NÉSTOR y RAMÍREZ, GONZALO (eds.), *Lecciones de derecho constitucional*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Corte Constitucional. Sentencia C-175 del 2009.
- Corte Constitucional. Sentencia T-384A del 2014.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-217 del 2017.
- GARCÍA MATAMOROS, LAURA y ARÉVALO RAMÍREZ, WALTER. El estado de necesidad en el arbitraje de inversión: su invocación consuetudinaria y convencional en los

- arbitrajes Enron, Sempra, CMS, LG&E y Continental ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi), *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 17, 2017.
- Human Rights Council. *Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous peoples*, United Nations, A/HRC/33/42, August 11th, 2016.
- FOSTER, GEORGE K. Foreign Investment and Indigenous Peoples: Options for Promoting Equilibrium Between Economic Development and Indigenous Rights, *Michigan Journal of International Law*, vol. 33, issue 4, 2012.
- KENNEDY, DAVID. *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*, Princeton University Press, 2016.
- LINDAHL, HANS. *Legal Authority and the Globalisation of Inclusion and Exclusion*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2018.
- Ministerio del Medio Ambiente. Resolución 0135 del 11 de octubre de 2002.
- Parques Nacionales Naturales. Oficio 002653 del 31 de diciembre del 2009, de Parques Nacionales Naturales, dirigido a Andrés Rendle, representante en Colombia de la empresa Tobie Mining.
- PRIETO-RÍOS, ENRIQUE ALBERTO. BIT y la Constitución colombiana de 1991: internacionalización de la economía dentro de un Estado Social de Derecho, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, n.º 1, 2011.
- PRIETO-RÍOS, ENRIQUE ALBERTO. *Thinking on International Investment Law: From Colonialism to International Systemic Violence*, PhD diss., Birkbeck College University of London, 2017.
- PRIETO-RÍOS, ENRIQUE ALBERTO. Enrypted International Investment Law. En: SANÍN-RESTREPO, RICARDO (ed.). *Decrypting Power*, Rowan & Littlefield, 2018, pp. 49-66.
- PRIETO-RÍOS, ENRIQUE ALBERTO y RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL. Neocolonialism and the Tension Between International Law and Indigenous Peoples: The Latin-American Experience. En: BORROWS, J. y SCHWARTZ, R. (eds.), *Indigenous Peoples and International Trade: Building an Equitable and Inclusive International trade and Investment Agreement*, Cambridge University Press, 2019.
- RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL y HERRERA SANTA, KEVIN. La jerarquía normativa del derecho económico internacional ¿legalidad o infralegalidad de los tratados de libre comercio?

- En: ACOSTA LÓPEZ, JUANA, ACOSTA ALVARADO, PAOLA ANDREA y RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL. *De anacronismos y vaticinios: diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL. El derecho internacional de las inversiones, otro de los desaires de la jurisprudencia constitucional colombiana. En: ACOSTA LÓPEZ, JUANA, ACOSTA ALVARADO, PAOLA ANDREA y RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL. *De anacronismos y vaticinios: diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL. *Las nuevas dinámicas de los ordenamientos jurídicos y la protección de bienes constitucionales: tres herramientas para el Estado en el arbitraje de inversión*, tesis de pregrado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- RODRÍGUEZ CUENCA, JOSÉ VICENTE. *Las enfermedades en las condiciones de vida prehispánica de Colombia*, Universidad Nacional de Colombia, 2006.
- SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER. *Los pueblos indígenas en Colombia: derechos, políticas y desafíos*, Unicef, 2003.
- TOLE MARTÍNEZ, JULIÁN. *La “neutralidad” de la Constitución económica colombiana. ¿Cómo racionalizar la economía social de mercado con la proliferación de tratados de libre comercio y tratados bilaterales de inversión?* En: PADRÓN PARDO, FLORALBA y CORREA HENAO, MAGDALENA (eds.), *¿El Estado constitucional en jaque?* Tomo II: *El Estado constitucional y el derecho internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Unctad. *World Investment Report 2018: Investment and New Industrial Policies*, United Nations, 2018.
- URUEÑA, RENÉ y PRIETO-RÍOS, ENRIQUE ALBERTO. Derecho de la inversión extranjera y acuerdos de paz: tensiones y soluciones. En: CÉSPEDES-BÁEZ, L. M. y PRIETO-RÍOS, E. (eds.), *Utopía y oportunidad fallida: análisis crítico del Acuerdo de Paz*, Universidad del Rosario, 2017.

ALEJANDRO SANTAMARÍA ORTIZ*

CAPÍTULO 3

*El principio de participación y un enfoque ontológico:
una vía para la explotación de recursos naturales
con respeto de los pueblos indígenas, más allá
de la consulta previa*

RESUMEN

Entre los principios rectores del Convenio 169 de la OIT pueden estar las claves para conciliar los intereses, que usualmente se advierten como opuestos, entre la iniciativa privada y el Estado, de un lado, y los pueblos indígenas, del otro. En efecto, dentro del principio de participación y aquel que denominamos de unidad ontológica puede estar la clave para la explotación de recursos naturales con respeto de los derechos de los pueblos indígenas.

Palabras clave: Pueblos indígenas, Convenio 169 de la OIT, consulta previa, principio de participación, giro ontológico en la antropología, recursos naturales.

THE PRINCIPLE OF PARTICIPATION AND AN ONTOLOGICAL APPROACH: A WAY FOR THE EXPLOITATION OF NATURAL RESOURCES WITH RESPECT FOR INDIGENOUS PEOPLES, BEYOND THE PREVIOUS CONSULTATION

ABSTRACT

Within the guiding principles of ILO Convention 169 may be the keys to reconcile the interests that are usually seen as opposites, between the private initiative and the State, on the one hand, and indigenous peoples, on the other. In effect, within the principle of participation and what we call an ontological unit, there may be the key to the exploitation of natural resources with respect for the rights of indigenous peoples.

Key words: Indigenous peoples, ILO Convention 169, prior consultation, participation principle, ontological turnaround in anthropology, natural resources.

INTRODUCCIÓN

La consulta previa ha sido la principal herramienta de protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre el territorio y se ha visto como el más importante aporte del Convenio 169 de la OIT a las relaciones entre estos y

* Docente e investigador del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, abogado de esta misma universidad y magíster en Derechos Humanos de la Università di Bologna, Italia. Actualmente: doctorando en Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires. Contacto: <alejandro.santamaria@uexternado.edu.co>

el Estado. Sin embargo, por parte de la iniciativa privada para la explotación minera y petrolera, y por el Estado para el logro de grandes inversiones para el desarrollo, es vista como un obstáculo muchas veces insalvable. Este, además, es un panorama común a diversos Estados del continente, que, por un lado, han ratificado dicho instrumento internacional y, por el otro, han visto en este tipo de actividad una gran oportunidad para el crecimiento económico.

No obstante, creemos que es posible resolver este conflicto de intereses de la mano de una adecuada interpretación del principio de participación del Convenio 169 de la OIT, que va mucho más allá de la consulta previa, y de un enfoque ontológico para la aplicación de tal principio. En otras palabras, se considera que la explotación de los recursos naturales no es incompatible con un Estado respetuoso de los pueblos indígenas, siempre y cuando se concilien los intereses en juego, por medio de la materialización del principio de participación de los pueblos indígenas en las diferentes facetas que el Convenio advierte y con la comprensión del modo en que estos perciben su entorno.

En tal sentido, en este escrito se buscará, en primer lugar, identificar las distintas obligaciones internacionales que surgen del Convenio 169 a partir de este principio de participación; en segundo lugar, se explicará qué significa el enfoque ontológico con el que se debería materializar este principio; y, en tercer lugar, se mostrará cuáles serían las ventajas de la conjunción de estos aspectos en la explotación de los recursos naturales por parte de los Estados.

I. LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN COMO PRINCIPIO RECTOR DE SUS RELACIONES CON EL ESTADO: EL PAQUETE OBLIGACIONAL INTERNACIONAL

Los Estados asumen dentro de la sociedad internacional compromisos jurídicos y políticos. Los primeros son posiciones jurídicas vinculantes que han asumido y que, por tanto, su incumplimiento supone la responsabilidad internacional; los segundo son llamados por la doctrina *soft law* o derecho blando, “terminología que pretende indicar que el instrumento o la disposición en cuestión no es en sí mismo Derecho (*law*), pero su importancia dentro del marco general del desarrollo jurídico internacional es tal que se le debe prestar especial atención”¹.

1 SHAW, MALCOM. *International Law*, Cambridge, New York y Melbourne, Cambridge University Press, 2008, p. 117.

Respecto de los Pueblos indígenas existe un gran número de instrumentos internacionales que son clasificables como derecho blando y, por el contrario, un solo instrumento especializado considerado obligatorio y algunas prescripciones normativas aplicables, que se pueden encontrar dentro del gran cuerpo internacional de tratados dedicados a los Derechos Humanos.

Si comenzamos por los que encarnan compromisos vinculantes, es decir, de obligatorio cumplimiento, en orden cronológico, nos encontramos en primer lugar con el artículo 1 común de los pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en donde se afirma: (i) que todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación, en virtud del cual “establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”; (ii) que “todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales”, con la prohibición expresa de no privarlos de “sus propios medios de subsistencia”; (iii) y, por último, que los Estados parte promoverán el ejercicio de este derecho y lo respetarán.

El concepto de “pueblo” como sujeto activo de este derecho ha sido objeto de gran debate desde la entrada en funcionamiento de ambos pactos, y la posición de Naciones Unidas fue, en principio, la de excluir de aquel a los pueblos indígenas, debido a que lo consideraba aplicable solamente para aquellos “pueblos” que desde la década de los sesenta comenzaron su proceso de independencia respecto de las potencias europeas, por lo que los pueblos indígenas pertenecientes a Estados que ya habían tenido procesos de independencia en el siglo anterior, que incluso fueron protagonizados por directos descendientes de tales potencias, quedaron excluidos. De todos modos, se trató de una posición que buscaba impedir que este derecho se convirtiera en un argumento desestabilizador de los Estados y que se comprometiera la seguridad internacional².

2 “La ONU, en sus diversas resoluciones a lo largo de los años, ha sido clara en el sentido de que el derecho de libre determinación no puede ser invocado contra Estados soberanos independientes que se comportan conforme a las normas y principios de las Naciones Unidas, y no puede servir de pretextos para la secesión ni para poner en peligro la integridad territorial de los Estados. También ha subrayado la ONU que las minorías (a las que se refiere el artículo 27 del PIDCP y la DM) no son consideradas como pueblos y no tienen derecho de libre determinación”. STAVENHAGEN, RODOLFO. Los derechos de los pueblos indígenas en el ordenamiento internacional. En: MARIÑO MENÉNDEZ, FERNANDO y OLIVA MARTÍNEZ, DANIEL (eds.). *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 11-25.

Sin embargo, esta interpretación no dejaba de ser un tanto arbitraria, debido a que esas mismas características de subyugación y pérdida de identidad se pueden predicar de aquellos pueblos indígenas que fueron igualmente colonizados en los siglos XV, XVI y XVII, cuya situación de dominación no cambió con los procesos de independencia y que en muchos casos se agravó³. Es nuestra posición que este artículo consagra el derecho de todo pueblo a mantener su propia etnicidad sin que haya lugar a su destrucción u homogeneización, situación que debe ser respetada y promovida por los Estados, de acuerdo con el tenor de la norma; de ese modo, los indígenas entran dentro de esa categoría y ese fue el gran logro de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Res. 61/295 de 2007) y de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (AG/RES. 2888-2016).

En este sentido, es dable conectar este artículo 1 común de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, ratificada por Colombia por medio de la Ley 28 de 1959, cuyo artículo II define este delito como “cualquiera de los actos enunciados allí, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”, actos dentro de los cuales podemos destacar la “lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo” y el “sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial”.

Ahora bien, respecto de obligaciones internacionales, desde luego el principal instrumento en materia de derechos de los pueblos indígenas es el Convenio 169 de 1989, que se denomina “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”. En cuanto al derecho a la libre determinación de los pueblos, aquí existe una contradicción que evidencia la artificialidad de la posición de Naciones Unidas respecto a negar el concepto de “pueblo” a los indígenas: por una parte, en su artículo 1 el Convenio parece darle un espaldarazo a dicha interpretación al afirmar que “la utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”; sin embargo, en todo el articulado del instrumento se puede apreciar la reivindicación de la autonomía política,

3 Incluso en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos en Viena, celebrada en 1993, esta discusión tuvo como consecuencia que en la versión en inglés se hablara de *indigenous communities* y no de *indigenous peoples*.

jurídica, económica y, por supuesto, cultural, espiritual e institucional de los pueblos indígenas (arts. 5 y 7, entre otros), que es justamente el contenido de dicho derecho.

En otras palabras, podría decirse que el Convenio 169 de 1989 supone el desarrollo del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales⁴. De acuerdo con este instrumento, los Estados deben reconocer, respetar y proteger a los pueblos indígenas, lo que supone, por una parte, “las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente” (art. 4.1) y, por otra, “los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales” (art. 5 lits. a y b)⁵.

Ahora bien, a voces del mismo instrumento, la materialización de estos objetivos se debe realizar teniendo en cuenta tres principios fundamentales y transversales a todo el convenio: el primero se refiere a que los pueblos indígenas; además, deben gozar de todos los derechos y libertades fundamentales reconocidos al resto de la población, sin ningún tipo de discriminación (ver sobre todo arts. 2.2.a, 3.1 y 4.3); esto significa que es necesario un ejercicio de armonización entre los derechos de toda persona y aquellos especiales de los pueblos indígenas⁶. El segundo se podría denominar como de unidad ontológica, en el sentido en que supone la unión entre la cultura y la naturaleza, en contraposición a la dualidad occidental de oposición entre estos elementos (en el siguiente punto se explicará más detenidamente), y que se encuentra, por ejemplo, en el artículo 4.1 que afirma: “deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”, es decir, se va más allá de lo cultural y se vincula el medio ambiente

4 Básicamente ese fue el propósito de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, pero, en vista de su valor político, normativamente hablando podemos decir que, al ser el Convenio 169 de la OIT la única fuente de obligaciones internacionales aplicables a estos grupos, es este el que viene a desarrollar el derecho a la libre determinación de aquellos.

5 En principio, podría decirse que el complejo obligacional asumido por los Estados miembros del Convenio se encuentra en los artículos 2 a 6, por lo que los subsiguientes marcan el catálogo de derechos de estos pueblos. Sin embargo, al igual que otros tratados de derechos humanos, se pueden encontrar obligaciones precisas en todo el articulado.

6 Todo ello no puede suponer ningún tipo de imposición o coerción, actuar proscrito por el Convenio en el artículo 3.2.

como parte de los aspectos de los pueblos indígenas y tribales que están bajo la protección del convenio⁷.

El tercer principio se refiere a la participación de los pueblos indígenas, la cual debe tenerse en cuenta en todo momento, es decir, no solo respecto de aquellas decisiones que los puedan afectar, sino en toda medida dirigida a su reconocimiento, respeto y protección; este principio se encuentra a lo largo de todo el convenio, pero su enunciación general la encontramos en los siguientes artículos de la primera parte:

Artículo 2.

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una *acción coordinada y sistemática* con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. (Cursiva fuera del texto).

Artículo 4

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

2. Tales medidas especiales *no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente* por los pueblos interesados. (Cursiva fuera del texto).

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

7 En igual sentido, el artículo 7.1 establece que estos pueblos “deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera”, y el 7.3 agrega que los gobiernos deberán efectuar estudios para “evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos” y, por si quedaba alguna duda de la importancia del principio, el 7.4 reitera que se deberán tomar medidas “para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan” los pueblos destinatarios.

(a) *consultar* a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; (negrilla fuera del texto)

(b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, *por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones* en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; (cursiva fuera del texto)

(c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Con base en estas normas (en la primera parte encontramos en el mismo sentido el artículo 5 y 7)⁸, este principio de participación que encarna el Convenio 169 respecto de los Pueblos Indígenas, puede ser desagregado en tres facetas distintas: la primera, se refiere que estos pueblos deben tener las herramientas necesarias para participar, en pie de igualdad con el resto de la población, en toda aquella decisión que como Nación les incumba (artículo 6.1.b); la segunda, se refiere a que estos pueblos deben ser partícipes de todas aquellas medidas que se erijan para su reconocimiento y protección, es decir, aquellas decisiones que se adopten en la concreción de sus derechos (arts. 2.1 y 4.1-2); y la tercera se refiere a decisiones administrativas o legislativas, que no tengan como destinatario a los pueblos indígenas, pero que de una u otra forma los afecten (sobre todo el art. 6.1.a).

8 El art. 5.c expresa: “(c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo”; por su parte, el art. 7.1. afirma: “[...] Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

De esta forma, debe entenderse que la institución de la consulta previa, a la luz de este mandato amplio de participación, es un instrumento por medio del cual se puede dar aplicación a las dos últimas facetas, sin embargo, no se puede entender que por medio de ella se agotan éstas. En otras palabras, en vista de la amplitud de este mandato, no se puede afirmar que la consulta previa sea suficiente para satisfacer todo el principio de participación del Convenio; menos aún se puede partir de la base de una interpretación reduccionista, relativa a que sólo opera ante afectaciones directas o ante la evidencia de un perjuicio cierto, porque se estaría desconociendo el Convenio.

Por su parte, en sintonía con lo anterior, el Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR) afirmó que este principio de participación hace referencia a tres procesos: a la acción gubernamental coordinada y sistemática, a la participación y a la consulta. El primero se refiere a acciones conjuntas entre pueblos indígenas y Estado para el desarrollo y garantía de sus derechos; el segundo se refiere a espacios de participación dentro de los cuales puedan incidir dentro del Estado y puedan plantear sus propios planes de desarrollo; y la consulta, como mecanismo específico para resolver cuestiones que directamente los afecten⁹. Estos procesos hacen referencia justamente a las facetas planteadas anteriormente, con la excepción de que el Comité olvida la participación de los pueblos indígenas en los mismos espacios que la población mayoritaria.

No obstante, tal como se le da aplicación en la mayoría de los países latinoamericanos, parece que la consulta previa abarca todas las facetas descritas y, por ende, su celebración (muchas veces bajo cuestionables prácticas) supone el cumplimiento de las obligaciones que genera el Convenio. Esto se ve agravado ante el auge de la explotación de hidrocarburos y minerales en el continente, que ha ido de la mano de un importante avance en el desarrollo de la infraestructura vial del sur del continente y que reducen el Convenio a los artículos 15 y 16, que son los que específicamente desarrollan lo concerniente a la implementación de programas de prospección o explotación de los recursos existentes en tierras de los pueblos indígenas y en materia de enajenación o

9 Organización Internacional del Trabajo. *Observación General (Ceacr) - Adopción 2008, Publicación: 98.ª reunión CIT (2009)*, 2009. Recuperado de Organización Internacional del trabajo: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0:NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:3066698,,2008>

transmisión de estas, pero que, se insiste, de ningún modo agotan la obligación de participar a los pueblos indígenas¹⁰.

Es así como se ha venido fortaleciendo la idea de la consulta previa como: un derecho en cabeza de los grupos étnicos y, por ende, una obligación en cabeza de los Estados; que debe ser realizado cuando exista una afectación directa de la comunidad; que debe tener en cuenta las autoridades tradicionales de aquella; que siempre debe tener en cuenta el principio de buena fe; que debe hacerse de manera apropiada, es decir, con respeto a cada cultura indígena, y siempre con la finalidad de lograr un acuerdo o el consentimiento de los afectados¹¹.

Es preciso en este punto precisar que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fortalece la consulta previa como una herramienta de defensa de los grupos étnicos, sobre todo al señalar el consentimiento libre e informado como la finalidad principal de la consulta, o requisito *sine qua non* para proceder con ciertas medidas específicas. En efecto, en este documento se afirma que por consulta previa se deberá “buscar” el consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas, antes de “aplicar medidas legislativas o administrativas” que los afecten (art. 19), especialmente cuando se trata de la explotación de recursos naturales (“minerales, hídricos o de otro tipo” art. 32.2); sin embargo, será “obligatorio” obtenerlo (no sólo buscarlo) cuando se pretende el desplazamiento de una comunidad (art. 10), y cuando se pretende almacenar o eliminar materiales peligrosos en sus asentamientos (art. 29.2).

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha hecho una gran labor en la precisión de este instrumento. Ha afirmado al respecto que debe ser realizado siempre de forma previa, es decir, durante el proceso de planeación de la medida respectiva; ha insistido en el principio de buena fe con el objetivo de llegar a un acuerdo, no para satisfacer un

10 “Art. 15.2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados [...]”; “Art. 16.2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa [...]”.

11 SANTAMARÍA ORTIZ, ALEJANDRO. La consulta previa desde la perspectiva de la negociación deliberativa, *Derecho del Estado*, n.º 36, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, enero-junio de 2016, p. 232.

requisito; siempre de forma “adecuada y accesible” bajo los procesos aceptados por el pueblo respectivo y con sus autoridades; debe ser informada, ya que los pueblos deben conocer cuál es la medida que se pretende adoptar y sus posibles secuelas; y, además, con la exigencia de llevar a cabo un estudio de impacto ambiental, que verifique las consecuencias de las medida en el medio ambiente y en la composición de la comunidad¹².

Independientemente de su vinculatoriedad, tanto la declaración de Naciones Unidas como la jurisprudencia de la Corte IDH nos sirven para dimensionar la problemática del principio de participación de los pueblos indígenas en las decisiones del Estado al que pertenecen, sobre todo en materia de la figura de la consulta previa. Es así como, dejando a un lado la discusión sobre la obligatoriedad del consentimiento, que enmarca en sí mismo una compleja cuestión, ya que puede negar la potencialidad dialógica y deliberativa de esta institución¹³, es posible advertir que la consulta previa, se ha venido construyendo como una figura esencialmente reactiva que opera como la encarnación de una legítima defensa a favor de los pueblos indígenas.

Una correcta interpretación del principio de participación de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta todas las facetas mencionadas, debería suponer la consideración de la consulta previa como una *última ratio*, es decir, como la defensa final de los intereses de los pueblos indígenas, la cual tendría que estar precedida de un abanico de posibilidades de participación mucho más grande que debe ponerse al servicio de estos pueblos.

En este sentido, la primera conclusión que sacamos en este escrito es que, en aplicación del Convenio 169 de la OIT, los Estados miembros deben entenderse obligados a crear mayores opciones de participación de los pueblos indígenas, sobre todo en aquellos órganos de administración de la explotación de hidrocarburos, minerales y de desarrollo vial, encargados del diseño de los proyectos en estas materias y de su ejecución, y que son los protagonistas más comunes de los malestares entre los Estados y los pueblos indígenas. De esa forma, podría lograrse armonizar el mandato general de reconocimiento,

12 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de fondo y reparaciones del 27 de junio de 2012; caso Pueblo de Saramaka vs. Surinam. Sentencia de fondo y reparaciones del 28 de noviembre de 2007.

13 Ver al respecto: SANTAMARÍA ORTIZ, ALEJANDRO. La consulta previa desde la perspectiva de la negociación deliberativa, *Derecho del Estado* n.º 36, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, enero-junio de 2016, pp. 227-247.

protección y respeto del Convenio 169, con los proyectos de desarrollo de los Estados.

2. EL GIRO ONTOLÓGICO EN LA ANTROPOLOGÍA Y SU APORTE A LAS RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS

A raíz de una gran cantidad de estudios etnográficos alrededor de todo el mundo, una corriente en la antropología ha identificado que los estudios concentrados en el modo en que los pueblos indígenas perciben su entorno traen como consecuencia una revelación estremecedora: las ciencias sociales tienen, por definición, un objeto de estudio que les impide apreciar y comprender en su totalidad la complejidad de los pueblos indígenas. En efecto, debido a que el enfoque científico occidental supone la separación entre ciencias naturales y ciencias sociales, a las cuales se les asigna el estudio objetivo de una parte de la realidad: la naturaleza y la cultura, esto supone un perfil sesgado por su configuración ontológica, es decir, esa separación parte de la base del modo en que occidente percibe su mundo, en el que el ser humano es susceptible de individualización y separación como objeto de estudio, y de igual forma pasa con la naturaleza¹⁴.

Por su parte, una gran cantidad de pueblos indígenas en muchas latitudes del mundo perciben su entorno sin hacer esa diferenciación, es decir, sus ontologías no diferencian entre naturaleza y cultura, no parten de esa separación u oposición que es definitoria en el pensamiento occidental. En ese sentido, los pueblos indígenas en su percepción del entorno se ubican en continua relación con distintos elementos humanos y no-humanos, dentro de un espacio con el que también entablan diversas relaciones; les otorgan a diversos componentes del entorno y a este mismo, lo que dentro de occidente conocemos como un valor moral y social.

Hay innumerables ejemplos en la doctrina¹⁵, pero para dar algunos podemos mencionar que los Huaorani del amazonas ecuatoriano le reconocen a ciertos

¹⁴ DESCOLA, PHILLIPPE. *Mas allá de naturaleza y cultura*, Buenos Aires, Amorrortu, 2012; VIVEIROS DE CASTRO, EDUARDO. Cosmological Deixis and Amerindian Perspectivism, *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, n.º 4, septiembre de 1998, pp. 469-488; VIVEIROS DE CASTRO, EDUARDO. Image of nature and society in Amazonian ethnology, *Annual Review of Anthropologist*, n.º 25, 1996, pp. 179-200.

¹⁵ Ver al respecto: CALAVIA SÁEZ, O. Mapas Carnales. El territorio y la sociedad Yaminawa. En:

animales la capacidad de voluntad y propósito; en efecto, afirman que las aves y los monos muestran intención y propósito en su búsqueda de alimento; es más, en ocasiones afirman los cazadores que el animal deja ver su alma y con sus ojos pide que se le perdone la vida, caso en el cual el cazador debe buscar otro animal¹⁶. Los Makuna, del Vaupés colombiano, consideran que la mayoría de los animales y plantas poseen una misma esencia espiritual, por eso, a todos se les clasifica como *masa*, que traduce pueblo o gente¹⁷; este hecho se ve reforzado en lo que Luis Cayón denomina “filogenia ontológica”, que pone en evidencia que para los Makuna todos los seres se originan en un mismo espacio: “la puerta de las aguas”¹⁸. Por último, los Chewong, de la Provincia Pahang en Malasia, consideran que no existe una división entre humanos, animales y plantas, para ellos los seres se constituyen con base en la presencia o en la ausencia de una conciencia, siendo ésta igual a la razón, al intelecto, al lenguaje y a una conciencia moral, la cual denominan como *rumai*¹⁹.

Con base en lo anterior, para esta corriente de la antropología se hace evidente que no es posible abordar el conocimiento de los pueblos indígenas a través de categorías como la cultura, debido a que se deja por fuera toda la

SURRALLÉS, ALEXANDRE y GARCÍA HIERRO, PEDRO. *Tierra Adentro: territorio indígena y percepción del territorio* (pp. 121-135), Copenhague, IWGIA Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2004; CHAMUEIL, B. El tío y el sobrino. El parentesco entre los seres vivos según los Yagua. En: SURRALLÉS, ALEXANDRE y GARCÍA HIERRO, PEDRO. *Tierra Adentro: territorio indígena y percepción del territorio* (pp. 83-96), Copenhague, IWGIA Grupo Internacional de Trabajo Sobre Asuntos Indígenas, 2004; Edvard Hviding. Naturaleza, Cultura, Magia, Ciencia: sobre los metalenguajes de comparación en la ecología cultural. En: DESCOLA, PHILIPPE y PÁLSSON, GÍLSI. *Naturaleza y Sociedad: perspectivas antropológicas* (pp. 192-213), México, Siglo XXI, 2001; SURRALLÉS, A. Horizontes de intimidad. Persona, percepción y espacio en los candoshi. En: SURRALLÉS, ALEXANDRE y GARCÍA HIERRO, PEDRO. *Tierra Adentro: territorio indígena y percepción del territorio* (pp. 137-162), Copenhague, IWGIA Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2004.

- 16 RIVAL, LAURA. Cerbatanas y lanzas: la significación social de las elecciones tecnológicas de los huaorani. En: DESCOLA, PHILLIPPE y PÁLSSON, GÍLSI. *Naturaleza y Sociedad: perspectivas antropológicas*, México, Siglo XXI, 2001, pp. 169-191.
- 17 ARHEM, KAJ. La red cósmica de la alimentación: la interconexión de humanos naturaleza en el noreste de la Amazonía. En: DESCOLA, PHILLIPPE y PÁLSSON, GÍLSI. *Naturaleza y Sociedad: perspectivas antropológicas*, México: Siglo XXI, 2001, pp. 217-218.
- 18 CAYÓN, LUIS. Ide Ma: El camino de Agua. Espacio, Chamanismo y persona entre los Makuna, *Antípoda*, n.º 7, julio de 2008, pp. 160-161.
- 19 HOWELL, SIGNE. ¿Naturaleza en la cultura o cultura en la naturaleza? Las ideas Chewong sobre los “humanos” y otras especies. En: DESCOLA, PHILLIPPE y PÁLSSON, GÍLSI. *Naturaleza y Sociedad: perspectivas antropológicas*, México, Siglo XXI, 2001, p. 153.

riqueza del pensamiento indígena referido al modo en que se perciben como colectivos compuestos de distintos seres que no son necesariamente humanos, y que habitan espacios que también están dotados de significados.

El Derecho ante esta corriente de pensamiento puede verse sumamente enriquecida, ya que, si bien parte de las ciencias sociales y, como consecuencia, de la base de definir su objeto de estudio exclusivamente en relación con los seres humanos, recientemente se ha visto como desde distintas escuelas filosóficas se ha comenzado a explorar el valor ético y moral de los animales, lo cual poco a poco han calado en el Derecho, como por ejemplo en la introducción dentro de los códigos civiles de la afirmación de que los animales son seres sintientes²⁰, la protección reforzada de los animales de compañía dentro de los códigos penales, el uso de mecanismos procesales de protección de los derechos humanos para lograr su aplicación a ciertos animales²¹, y la Declaración de un río y del Amazonas como sujeto de derecho²².

Para el profesor Valerio Pocar, filósofo italiano, en occidente existen tres diferentes modos de relacionarse entre los animales humanos y no-humanos: el especismo donde se ubican aquellos que consideran que hay especies más cercanas al hombre que otras y, por ende, obtienen mayor consideración; el ecologismo, que parte de la base de la importancia de los animales, pero partiendo del medio ambiente y de las diversas y continuas relaciones que se dan allí, por lo que se trata de un interés en la conservación del ambiente ; y el animalismo, que es el que supone el mayor rompimiento con la ontología occidental, ya que reconoce en los animales con sistema nervioso (vertebrados), la misma sensibilidad de los seres humanos que, al compartir la misma capacidad para sentir placer y dolor, exige su reconocimiento como sujetos de derecho²³.

De otro lado, el Convenio 169 de la OIT, como se mencionó anteriormente, parte de la base de un principio que hace referencia a este enfoque, el cual se puede denominar “de unidad ontológica”, el cual entiende que además de la

20 Código Civil colombiano. Artículo 655. Muebles. Parágrafo. Reconózcase la calidad de seres sintientes a los animales (reformado por la Ley 1774 de 2017, artículo 2).

21 Como los casos de la Gorila Sandra de la Sala II de la Cámara de Casación Penal y la Chimpancé Cecilia del Juzgado de Garantías n.º 3 de Mendoza, en los que, como consecuencia de *habeas corpus*, se protegió a estos animales y se dispuso su traslado a un santuario de grandes primates.

22 En su orden: Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-622 de 2016 y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 4 de abril de 2018.

23 POCAR, VALERIO. *Los animales no humanos. Por una sociología de los derechos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2013.

protección a la cultura, tradición, espiritualidad y otros numerosos términos a los que acude para describir el grupo humano, es necesario también proteger el entorno en el que esto se desarrolla y con el que está intrínsecamente unido (ver en la primera parte del Convenio: artículos 4 y 7). En efecto, numerosos artículos en este instrumento nos muestran que el reconocimiento y protección de los pueblos indígenas, inescindiblemente debe suponer la garantía de su cultura y la del medio natural en la que se desarrolla, sobre todo, la protección del territorio indígena se construye justamente en la unión de estos dos aspectos (artículos 13 y siguientes)²⁴.

Frente a los pueblos indígenas, entonces, el Derecho debe tener mucho cuidado con categorías como la del multiculturalismo, que ponen en el foco de atención la existencia de varias “culturas” que se encuentran en relación. En efecto, con base en este enfoque ontológico, es necesario partir de la base de diferentes percepciones del entorno, que están en constante diálogo, pero que si se deja por fuera o se minusvalora la importancia vital que estos le otorgan a los diversos elementos que componen su entorno, jamás será una relación entre iguales. Para que exista un equilibrio entre occidente y las distintas ontologías indígenas, es decir, para que no exista una imposición de uno sobre otro (que es lo que ha sucedido hasta hoy), se tiene que respetar la asignación de valores morales y sociales a los distintos elementos del entorno que supone las ontologías indígenas.

En especial, dentro de este diálogo ontológico, que debe existir en reemplazo del diálogo cultural o multicultural, no se puede perder de vista una de las principales conclusiones de esta corriente antropológica, que es la diversidad de las percepciones indígenas, es decir, la diversidad de estas ontologías. En otras palabras, que cada colectivo indígena supone la identificación de diversos elementos del entorno como importantes y se relaciona con aquellos de diferentes maneras (diversos sujetos o términos de relación, y diversos valores morales y sociales).

24 “Artículo 13. 1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. 2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

Dentro del enfoque cultural, no sólo se deja de lado la consideración de otros elementos no-humanos o espaciales, sino que además se minimizan, como elementos accesorios al humano que pueden ser prescindibles, lo cual permite apreciar que, en el fondo, se trata de imponer una específica forma de percibir el mundo, que es la occidental y que parte de la base de esa separación u oposición entre naturaleza y cultura. En efecto, para occidente, la relación con la naturaleza es de producción, es decir, supone una relación jerárquica en la que el humano, superior a esta, dispone a su interés de la misma, cuya única finalidad es brindarle elementos para su propia supervivencia²⁵; por tanto, cualquier ontología que suponga la asignación de relaciones de igualdad a distintos elementos de la naturaleza, es en el mejor de los casos incomprendida, en el peor es desechada y prohibida.

En términos de derechos humanos, el enfoque cultural supone derechos que hasta hace muy poco eran denominados de segunda generación, en el que además se proponía definiciones excluyentes de cultura, muchas veces amarradas a paradigmas antropológicos de finales del siglo XIX²⁶, en donde lo cultural estaba atado a la denominada civilización. Una mirada ontológica, por el contrario, puede ser abordada desde otros derechos, relacionados con la libertad, con el libre desarrollo de la personalidad, con la integridad física y psíquica del ser humano y, por ende, con una mejor comprensión de lo que verdaderamente está en juego.

Finalmente, como introducción al siguiente tema, es importante advertir que, bajo el enfoque cultural actual, cuando se trata de la explotación de recursos naturales, los intereses indígenas suelen verse, en el mejor de los casos, como simples expresiones “culturales”, que no se comparan con el beneficio económico que supone la intervención al territorio. Dentro de un enfoque ontológico, justamente se consigue evidenciar qué es lo que verdaderamente está

25 DESCOLA, PHILLIPPE. *Más allá de naturaleza y cultura*, Buenos Aires, Amorrortu, 2012, pp. 117-179.

26 Esta misma ciencia, en el periodo entre las guerras mundiales del siglo XX, se encargaría de desvirtuar esa primera apuesta etnocentrista occidental, erigida sin ningún rigor científico, sobre todo porque se postuló que era el antropólogo quien debía buscar directamente los datos sobre los cuales se iban a construir las teorías; porque la comparación no resultaba un método adecuado, debido a la unicidad de cada cultura, entre otras críticas. BOIVIN, MAURICIO, ROSATO, ANA y ARRIBAS, VICTORIA. *Constructores de Otriedad. Una introducción a la Antropología Social y Cultural*, Buenos Aires, Antropofagia, 2004, pp. 7-13.

en juego y la importancia de ello en la supervivencia del colectivo de humanos y no humanos que muchas percepciones indígenas suponen.

El giro ontológico en la antropología probablemente va a ir transformando los paradigmas de todas las demás ciencias sociales que, de una u otra forma, analizan a los pueblos indígenas dentro de su objeto de estudio. Este es sólo un acercamiento inicial a sus potenciales aportes al Derecho, con la seguridad de que probablemente en el impacto en éste pueda ser más profundo del aquí mencionado²⁷.

3. LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES POR PARTE DEL ESTADO, CON PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y DESDE UN ENFOQUE ONTOLÓGICO

De los puntos anteriores, desde una perspectiva normativa, es posible individualizar dos obligaciones internacionales que todo Estado miembro del Convenio 169 de la OIT debe cumplir: la primera, supone el deber de construir diferentes espacios de participación para los pueblos indígenas que vayan más allá de la consulta, en los que, por un lado, tengan estos las mismas oportunidades que la población mayoritaria de incidir en el Estado y, por el otro, participen directamente en todos los niveles de decisión de aquellas actuaciones que los pueden afectar; la segunda, es la comprensión de que el enfoque cultural, con el que siempre se ha buscado un diálogo con los pueblos indígenas, tiene una gran falencia, debido a que, con base en un enfoque ontológico, se puede advertir que se está dejando por fuera todo aquello que supone el correlacionamiento de estos pueblos con diferentes componentes no-humanos y espaciales de su entorno, a los cuales se les asignan diversos valores morales y sociales.

Ahora bien, la pregunta concreta que surge es: ¿cómo pueden estas dos obligaciones internacionales ayudar a solucionar el constante escenario de intereses contrapuestos entre los pueblos indígenas y la iniciativa privada que, de la mano del Estado, buscan intervenir en su territorio? En este escrito se busca intentar una respuesta desde lo estructural y desde lo sustancial, del siguiente modo:

27 El autor de este escrito avanza en su tesis doctoral sobre los resultados específicos de aplicar este enfoque en la regulación del territorio indígena en Argentina, Colombia y Canadá, además de una revisión de la normativa internacional al respecto.

En cuanto a lo estructural, en vista del deber amplio de participación de los pueblos indígenas, sobre todo en la primera y segunda faceta mencionadas (referida a que estén presentes en las decisiones que se toman en un Estado en pie de igualdad con la sociedad mayoritaria y que participen en las decisiones referidas a su reconocimiento y protección), estos deberían tener espacios permanentes de concertación y armonización de intereses en las instituciones estatales que tienen a su cargo la celebración de contratos, expedición de títulos o licencias para cualquier tipo de explotación de recursos naturales. No se trata de tener servidores públicos indígenas, sino de que existan oficinas de enlace de pueblos indígenas con la capacidad de contactar rápidamente a las autoridades de cualquier comunidad u organización acreditada que pueda representar a todos aquellos que pudieran verse afectados, desde el diseño mismo de cualquier proyecto o solicitud de exploración y explotación de recursos naturales.

En este sentido, no se trata de esperar a que el particular o el Estado comiencen un proceso de inversión para realizar un proceso de exploración y explotación, sino que, desde el nacimiento de la idea, se puedan conocer (más allá de identificar) los intereses en juego y, con base en estos, se pueda determinar dónde, cómo y de qué forma se puede hacer la respectiva intervención. Solamente si el contacto con los pueblos indígenas es directo y desde la legitimidad que otorga ser parte de la estructura estatal correspondiente, se puede garantizar, por un lado, una exploración y explotación de los recursos naturales y, por el otro, un respecto integral de los pueblos indígenas, lo cual redundará, desde luego en el cumplimiento de la obligación de participación del Convenio 169, sin que haya necesidad de celebrar consulta previa.

Ahora bien, nada de ello tiene sentido si no hay también un cambio desde lo sustancial, que nos permita, efectivamente, tener una visión de la realidad que está en juego y esto lo puede brindar el enfoque ontológico. Justamente, el principal problema del enfoque cultural que al día de hoy rige las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas, es que no nos muestra toda la realidad, sino sólo aquella que considera relevante occidente y es allí donde nacen los problemas; el enfoque ontológico, por su parte, nos muestra lo que en verdad es importante para los pueblos indígenas, lo que se debe respetar y garantizar de su entorno, para que su ontología no se vea alterada.

Desde una perspectiva ontológica, es posible comprender qué es aquello que reconocen como imprescindible de su propio entorno los pueblos indígenas, qué componentes del mismo hacen parte de su colectivo y, por tanto, de las continuas relaciones que caracterizan su ontología; solo así es posible determinar qué tipo de intervención es posible en el territorio y cuál no lo es.

En este escenario, es importante recalcar que cada pueblo indígena posee su propia percepción del entorno, cada uno tiene su propia asignación de valores morales y sociales a distintos elementos del mismo y, por tanto, es necesario conocer cada caso particular para saber si se puede o no intervenir en ese específico territorio y de qué forma.

Por ejemplo, la afectación de las distintas fuentes de agua que rodean el territorio del pueblo Makuna del Vaupés colombiano es un asalto directo a su existencia como pueblo, porque se estaría afectando su ontología, teniendo en cuenta el profundo valor que este pueblo le asigna a dichos espacios; el Estado podría escribir sobre piedra que los recursos hídricos le pertenecen, pero eso no cambiaría la realidad: una intervención de ese tipo supone un ejercicio de imposición de una ontología sobre otra, es decir, de la preferencia de una forma de percibir el mundo por sobre otra, cuya consecuencia es directamente condenar a la extinción a este pueblo. De otro lado, la intervención de las fuentes hídricas dentro del territorio del pueblo Achuar, del amazonas peruano y ecuatoriano, probablemente no tenga una consecuencia mucho mayor en su ontología y, como consecuencia, es completamente posible, sin poner en riesgo su forma de percepción del entorno y, por ende, dejando incólume la supervivencia del pueblo indígena.

Solamente un enfoque ontológico en el manejo de las relaciones con los pueblos indígenas nos permitiría entender esta realidad y, de esa forma, concertar adecuadamente los intereses en juego. De igual forma, únicamente si estos hechos son relevados en el justo momento en que comienza el diseño del proyecto, se evita cualquier daño material e inmaterial para las partes involucradas, por eso es tan importante la participación temprana de los pueblos indígenas en estos procesos.

Se insiste en que no solamente es darles la cabida a los pueblos indígenas dentro del Estado, sino, además, otorgarles las herramientas sustanciales que les permitan presentar sus propias visiones sobre el mundo y que estas sean igualmente reconocidas y respetadas. Recordemos que el primer llamado que hace la normativa internacional en materia étnica y que muchos Estados reiteran en su legislación, es el relativo a la igualdad de las “culturas” en el mundo (que se materializa principalmente en la prohibición de discriminación)²⁸;

28 Para citar un ejemplo, el artículo 70 de la Constitución Política de Colombia afirma en su inciso segundo: “La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país [...]”.

en ese sentido, bajo el enfoque planteado, es tan importante y objeto de respeto la percepción del mundo occidental, como todas las demás indígenas y, por ende, no sería posible que prime una sobre la otra, a menos de que exista una excepcional justificación, que esté supremamente bien fundamentada en términos de un valor superior y reconocible de esa forma en las ontologías en juego; de lo contrario, sería un ejercicio de violencia, de imposición y de discriminación²⁹.

En síntesis, si se busca conciliar los intereses económicos y de desarrollo que genera la explotación de recursos en la iniciativa privada y el Estado, con aquellos que surgen en los pueblos indígenas, relativos a su propia supervivencia como pueblo, es necesario que se les integre a los diferentes niveles de decisión, no por medio de una consulta, sino como parte de la estructura del Estado que decide qué es lo mejor para él mismo; esto ni se debería decir, pero los pueblos indígenas son parte del Estado y, por tanto, sus intereses son también los del Estado. En este sentido, es necesario que todo esto vaya guiado por un enfoque que, efectivamente, permita identificar en la realidad cuáles son estos intereses, lo cual lo puede brindar el enfoque ontológico, que nos da un panorama completo de lo que se puede hacer o no en la realidad.

Independientemente del tipo de recurso natural de que se trate, en el caso del ordenamiento jurídico colombiano el diálogo con los pueblos indígenas se ha restringido a la figura de la consulta previa, en el marco de la expedición de la licencia ambiental correspondiente; es decir, sólo hasta el momento en que se valora el impacto ambiental de la explotación de un recurso natural, se evacúa lo concerniente al impacto social del mismo respecto de los pueblos indígenas. Al respecto, ya ha habido un esfuerzo bastante representativo del particular y el Estado para llegar a este punto y, en el mejor de los casos, todo puede ser en vano si el pueblo indígena se niega a la intervención en su territorio por medio de este mecanismo; en el peor de los casos, el Estado decide a favor de la intervención por encima del parecer del pueblo indígena respectivo, lo cual puede afectar profundamente la existencia misma de aquel.

29 Todo lo cual está proscrito incluso en la sociedad internacional: Artículo 3.1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos. 2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.

En un ejercicio como el que se está proponiendo, la Agencia estatal respectiva, con presencia de pueblos indígenas o con los enlaces suficientes para garantizar su participación, desde el mismo momento en que se activa la iniciativa privada, puede buscar conciliar un tipo de exploración y explotación de un recurso natural, que proteja los intereses indígenas en juego, logrando la satisfacción de todas las partes, un auténtico acuerdo ganar-ganar (*win to win*).

BIBLIOGRAFÍA

- ARHEM, KAJ. La red cósmica de la alimentación: la interconexión de humanos naturaleza en el noreste de la Amazonía. En: DESCOLA, PHILLIPE y PÁLSSON, GÍLSI. *Naturaleza y sociedad: perspectivas antropológicas*, México, Siglo XXI, 2001, pp. 214-236
- BOIVIN, MAURICIO, ROSATO, ANA y ARRIBAS, VICTORIA. *Constructores de Otriedad. Una introducción a la Antropología Social y Cultural*, Buenos Aires, Antropofagia, 2004.
- CAYÓN, LUIS. Ide Ma: el camino de agua. Espacio, chamanismo y persona entre los Maku-na, *Antípoda*, n.º 7, julio de 2008, pp. 141-173.
- DESCOLA, PHILLIPE. Construyendo naturalezas: ecología simbólica y práctica social. En: PÁLSSON, GÍLSI y DESCOLA, PHILLIPE. *Naturaleza y Sociedad: perspectivas antropológicas*, México: Siglo XXI, 2001, pp. 101-123.
- DESCOLA, PHILLIPE. Las cosmologías indígenas de la Amazonía. En: HIERRO, PEDRO y SURRALLÉS, ALEXANDRE. *Tierra Adentro: territorio indígena y percepción del territorio*, Copenhague, IWGIA Grupo Internacional de Trabajo Sobre Asuntos Indígenas, 2004, pp. 25-35.
- DESCOLA, PHILLIPE. *Más allá de naturaleza y cultura*, Buenos Aires, Amorrortu, 2012.
- HOWELL, SIGNE. ¿Naturaleza en la cultura o cultura en la naturaleza? Las ideas Chewong sobre los “humanos” y otras especies. En: DESCOLA, PHILLIPE y PÁLSSON, GÍLSI. *Naturaleza y Sociedad: perspectivas antropológicas*, México: Siglo XXI, 2001, pp. 149-168.
- Organización Internacional del Trabajo. *Observación General (Ceacr) - Adopción 2008*, Publicación: 98.ª reunión CIT, 2009. Recuperado de Organización Internacional del Trabajo: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:3066698,,2008>

- POCAR, VALERIO. *Los animales no humanos. Por una sociología de los derechos*, Buenos Aires, AdHoc, 2013.
- RIVAL, LAURA. Cerbatanas y lanzas: la significación social de las elecciones tecnológicas de los huarani. En: DESCOLA, PHILLIPPE y PÁLSSON, GÍLSI. *Naturaleza y Sociedad: perspectivas antropológicas*, México, Siglo XXI, 2001, pp. 169-191.
- SHAW, MALCOM. *International Law*, Cambridge, Nueva York y Melbourne, Cambridge University Press, 2008.
- STAVENHAGEN, RODOLFO. Los derechos de los pueblos indígenas en el ordenamiento internacional. En: MARIÑO MENÉNDEZ, FERNANDO y OLIVA MARTÍNEZ, DANIEL (eds.), *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 11- 25.
- TOLA, FLORENCIA. El “giro ontológico” y la relación naturaleza/cultura: reflexiones desde el Gran Chaco, *Apuntes de investigación del Cecyp*, n.º 27, 2016, pp.129-139.
- VIVEIROS DE CASTRO, EDUARDO. Image of nature and society in Amazonian ethnology, *Annual Review of Anthropologist*, n.º 25, 1996, pp. 179-200.
- VIVEIROS DE CASTRO, EDUARDO. Cosmological Deixis and Amerindian Perspectivism, *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, n.º 4, septiembre de 1998, pp. 469-488.
- VIVEIROS DE CASTRO, EDUARDO. Perspectival Anthropology and the Method of Controlled Equivocation, *Journal of the Society for the Anthropology of Lowland South America*, vol. 2, n.º 1, 2004, pp. 3-22.

ANA MARÍA ORTIZ BALLESTEROS*

MANUELA LOSADA CHAVARRO**

CAPÍTULO 4

*Derecho fundamental a la consulta previa
en comunidades afrocolombianas ubicadas fuera
del Pacífico. Un análisis desde la jurisprudencia
de la Corte Constitucional*

RESUMEN

Colombia es un país caracterizado por contar en su territorio con la presencia de grupos étnicos, quienes, como resultado de diferentes luchas sociales, cuentan con el reconocimiento de unos derechos fundamentales específicos para garantizar sus condiciones de existencia. Entre los derechos fundamentales que les fueron atribuidos se encuentra el derecho fundamental de consulta previa; una debida ejecución de esta asegura alcanzar una participación real y efectiva de todos y cada uno de los miembros que conforman la respectiva comunidad.

El presente artículo tomará como eje de estudio algunos casos, con un enfoque específico en las comunidades afrocolombianas que no están ubicadas en la región pacífica, analizados por la Corte, en donde se excluyó el deber de consulta previa a comunidades afrocolombianas, todo con la finalidad de determinar bajo qué circunstancias es conducente realizar la consulta con posterioridad a la ejecución de actividades que afectaron de manera directa a estas comunidades.

Palabras clave: consulta previa, comunidades afrocolombianas, derechos fundamentales.

FUNDAMENTAL RIGHT TO PRIOR CONSULTATION IN AFROCOLOMBIAN COMMUNITIES LOCATED OUT OF PACIFIC. AN ANALYSIS FROM THE JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT

Colombia is a country where ethnic groups are present in its territory, as a result of different social struggles, with the recognition of human rights. Among the fundamental rights that have been attributed, is the fundamental right of prior consultation, must be met with a real and effective participation of each and every one of the members that make up the respective community.

* Maestría en Derecho con énfasis en Derechos Humanos y Democratización, Universidad Externado de Colombia, 2017.

** Abogada y maestranda en Derecho Internacional con énfasis en Derecho Internacional Público de la Universidad Externado de Colombia. Asistente de investigación del Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia. Correo: <manuela.losada@uexternado.edu.co>

This article will take as its axis of study some cases, with a specific focus on Afro-Colombian communities that are not located in the Pacific region, analyzed by the Court, where the duty of prior consultation with Afro-Colombian communities was excluded, all with the purpose of determining under what circumstances it is advisable to carry out the consultation after the execution of activities that directly affected these communities.

Key words: Previous consultation, Afro-Colombian communities, fundamental rights.

INTRODUCCIÓN

Colombia es un país caracterizado por contar en su territorio con la presencia de colectivos que poseen una organización propia y que no se identifican con las prácticas sociales dominantes; estos grupos han sido catalogados dentro del ordenamiento jurídico como grupos étnicos. Dichos grupos han luchado constantemente a través de la historia para mantener su identidad y sus rasgos fundamentales como lo son sus ritos, costumbres, dialectos, entre otros. Como resultado, consolidaron el reconocimiento de sus derechos dentro de la comunidad internacional, lo que implicó su reivindicación como sujetos de derechos y el reconocimiento de una serie de derechos fundamentales destinados a garantizar sus condiciones de existencia.

Entre los derechos fundamentales que les fueron atribuidos se encuentra el de consulta previa, que consiste en la participación democrática de los miembros de dichas comunidades sobre aquellos proyectos que les afecten o incursionen en su territorio. Una debida ejecución de la consulta previa asegura alcanzar una participación real y efectiva de todos y cada uno de los miembros que conforman la respectiva comunidad e implica el respeto y observancia de su cultura en la implementación de decisiones relevantes para el Estado; por ejemplo, políticas públicas y proyectos de desarrollo.

De esta manera se reafirma la concepción de un Estado democrático¹, debido a que la salvaguarda de la diversidad étnica y cultural de estas minorías cumple con el ideal de establecer una democracia cada vez más inclusiva y participativa². Para propender al desarrollo del derecho en mención en Colombia,

1 GÓMEZ PIN, VÍCTOR. *Reducción y combate del animal humano*, Planeta, 2014, p. 85.

2 Corte Constitucional. Sentencia SU-510 de 1998. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

el aparato judicial por medio de su jurisprudencia ha establecido una serie de requisitos mínimos para la debida ejecución de la consulta previa; por ejemplo, le atribuyó el carácter de previa.

Por otra parte, la Corte Constitucional ha hecho una interpretación integral de las disposiciones del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) y ha establecido que el derecho a la consulta previa y demás derechos conexos a los grupos étnicos son extensibles a todas aquellas comunidades que cumplan con unos requisitos concretos que la Corte Constitucional (en adelante la Corte) ha identificado. En relación con lo anterior, se ha llegado a determinar que las comunidades afrocolombianas son titulares de los mismos derechos y protección especial de los que son beneficiarios los pueblos indígenas.

Así las cosas, y para efectos de tener una mayor claridad sobre el asunto, se procederá a realizar una breve reseña sobre la evolución histórica de las comunidades afrocolombianas, en especial de las comunidades afrocolombianas que no están ubicadas en la región pacífica (en adelante comunidades afrocolombianas no pacíficas), en el Estado colombiano, haciendo énfasis en el proceso de reconocimiento de sus derechos, en especial en el de consulta previa, y otros derechos fundamentales que se originaron en pro de proteger su identidad cultural.

Posteriormente, se tomarán como eje de estudio algunos casos, con un enfoque específico en las comunidades afrocolombianas no pacíficas, analizados por la Corte, en donde se excluyó el deber de consulta previa a comunidades afrocolombianas, todo con la finalidad de determinar bajo qué circunstancias es conducente realizar la consulta con posterioridad a la ejecución de actividades que afectaron de manera directa a estas comunidades.

I. ASPECTOS GENERALES DE LA CONSULTA PREVIA

Para garantizar una debida protección a los derechos de las minorías étnicas y respondiendo a las singularidades de los rasgos que las identifican, se ha hecho imperativo romper con la concepción de universalidad de los derechos humanos³. Debido a que es necesario garantizar la existencia de dichos colectivos,

3 Los derechos humanos conllevan una concepción cultural definida desde Occidente centrada en el individuo e impuesta como universal, lo cual impide pensar los diversos sentidos de

existe una serie de derechos cuya titularidad no recae sobre todas las personas, sino por el contrario, reposa por ejemplo, en cabeza de las comunidades afrodescendientes.

La Corte en diversos pronunciamientos ha sido enfática en precisar que para los miembros de las comunidades étnicas confluyen dos títulos de permanencia: i) uno nacional que los hace sujetos activos de todos los derechos constitucionales y ii) otro comunitario, que les brinda la posibilidad de desarrollarse en su comunidad de origen⁴. Por tanto, se ha establecido que los miembros de las comunidades étnicas son titulares de todos los derechos humanos y constitucionales, pero además son titulares de derechos especiales destinados a proteger su diferencia cultural, es decir, garantizan su preservación y supervivencia en condiciones dignas y acordes con sus intereses⁵.

Dentro de esta configuración de derechos especiales o nuevo *corpus* de derechos colectivos⁶, uno de los más relevantes es el del derecho fundamental a la consulta previa, puesto que se constituye no solo como un mecanismo idóneo de participación de las minorías étnicas sino que además permite reconocer su diversidad cultural. En ese orden de ideas, la consulta previa ha sido el resultado de un proceso de evolución histórica y social en América Latina del derecho a la participación democrática⁷.

Pese a que la consulta previa está definida bajo parámetros muy amplios, se puede establecer que es un derecho fundamental en cabeza de todos los grupos étnicos, a través del cual pueden llegar a un acuerdo o procurar su consentimiento cuando: (i) se vaya a tomar una decisión que pueda afectarles directamente o (ii) cuando se aspire a desarrollar proyectos de toda índole en sus territorios que también pueda afectarles directamente. Todo, para garantizar

personas y de dignidad humana construidos desde las diferentes culturas. SIERRA, MARÍA TERESA. *Pluralismo jurídico e interlegalidad. Debates antropológicos en torno al derecho indígena y las políticas de reconocimiento*. Justicia y Diversidad en América Latina. Pueblos Indígenas ante la Globalización, 2011, p. 397.

4 Corte Constitucional. Sentencia SU-510 de 1998. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

5 Corte Constitucional. Sentencia SU-217 de 2017. M. P. María Victoria Calle Correa.

6 YRIGOEYEN FAJARDO, RAQUEL Z. *El derecho a la libre determinación del desarrollo. Participación, consulta y consentimiento*. <http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Documentos/El_Derecho_a_la_Libre_Determinacion.pdf> Consultado el 16 de mayo de 2018.

7 GARCÍA SAYÁN, DIEGO. *Memorias del seminario internacional El Derecho de las minorías étnicas a la consulta previa. Retos y perspectivas*, Archivo General de la Nación, 5 y 6 de diciembre de 2012, p. 21.

el derecho a la participación democrática de estos grupos y, proteger su integridad cultural, social y económica⁸.

Por ello, la Corte lo ha definido como un mecanismo de participación básico para “preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas [y, así garantizar] su subsistencia como grupo social [...], el reconocimiento y protección de la diversidad cultural y étnica de la nación”⁹; en igual sentido, coincide el Departamento de Planeación Nacional¹⁰.

Así las cosas, se ha identificado que una de las singularidades de este derecho fundamental es que cuenta con un doble enfoque en cuanto a su interpretación y aplicación, es decir, puede ser catalogado como un derecho procesal y a la vez como un derecho sustancial. Como derecho procesal, ya que es considerado como un requisito de procedibilidad previo a la realización de cualquier actividad que pueda llegar afectar a una comunidad étnica y, como un derecho sustantivo, puesto que se constituye como un mecanismo de partición de las comunidades¹¹.

Por otro lado, es menester resaltar que la consulta previa cuenta con fundamento directo en el carácter pluralista de la Constitución de 1991¹², el cual reafirma la idea de que el Estado colombiano acepta “la multiplicidad de formas de vida, de sistemas de comprensión del mundo y de los diferentes modos de ser y de actuar (valores, creencias, actitudes y conocimientos)”¹³.

8 RODRÍGUEZ, GLORIA AMPARO. *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2014, p. 33.

9 RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR y ORDUZ SALINAS, NATALIA. La consulta previa: dilemas y soluciones. *Lecciones del proceso de construcción del derecho de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia*. DeJusticia. <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_277.pdf>; consultado el 29 de enero de 2018.

10 Departamento Nacional de Planeación. “Apuntes sobre la Consulta Previa con Grupos Étnicos”, 2011. <https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/noticias/apuntes_sobre_consulta_previa_con_grupos_etnicos.pdf>; consultado el 9 de enero de 2018.

11 SALINAS ALVARADO, CARLOS EDUARDO. La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, n.º 27, 2011, pp. 235-259. Disponible en <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So12298932011000200011&lng=en&tlng=es>. Consultado el 06/02/2018.

12 Constitución de 1991. Artículo 1.º Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

13 GUTIÉRREZ, MARCELA. Pluralismo jurídico y cultural en Colombia, *Revista Derecho del Estado*,

En ese orden de ideas, el pluralismo jurídico comprende y reconoce la validez y coexistencia de diversos sistemas normativos de estructura social dentro de un mismo Estado-Nación, lo cual ha permitido sustentar el respeto y reconocimiento constitucional y legal del derecho constituido por diversas comunidades étnicas¹⁴.

I. I. REGULACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA A ESCALA INTERNACIONAL

Antes de entrar a examinar algunas de las características de la consulta previa se hace necesario tener en consideración el progreso que se ha realizado a nivel internacional sobre ella. Así las cosas, el primer instrumento internacional que reguló las obligaciones de los Estados con los pueblos indígenas y el reconocimiento de algunos derechos sobre sus territorios ancestrales, fue el Convenio 107, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) en 1957. Sin embargo, su carácter “asimilacionista”¹⁵ llevó a que se revisara su contenido, por lo que en el año de 1989 en la Conferencia General de la OIT se adoptó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países

n.º 26, Universidad Externado de Colombia, pp. 85-105.

14 “El pluralismo jurídico ha sido efectivamente un concepto clave que ha cuestionado la visión del derecho impuesta por el liberalismo, según el cual el derecho estatal es el único referente de legalidad de los Estados nacionales, negando con esto la vigencia de otros órdenes jurídicos”. Ver: SIERRA, MARÍA TERESA. *Pluralismo jurídico e interlegalidad. Debates antropológicos en torno al derecho indígena y las políticas de reconocimiento*. Justicia y Diversidad en América Latina. Pueblos Indígenas ante la Globalización, 2011, p. 385.

15 El Convenio 107 de la OIT, aprobado en 1957, reflejó la política que era dominante en aquel tiempo, es decir, la del paternalismo y la integración o asimilación, en el marco de un ideal proteccionista. Esto significa que, al asumirse ciudadanos los miembros de los pueblos indígenas, tenderían a desaparecer los pueblos indígenas como tales. En este convenio, por primera vez a escala internacional, se utilizó el concepto de población indígena como colectividad, y se estableció que los miembros de las poblaciones tienen derecho a la igualdad como cualquier otro ciudadano. También les reconocieron una serie de derechos específicos, por ejemplo, la noción de derecho colectivo de la tierra, el derecho a la educación en lengua materna. Y abordó desde entonces el llamado derecho consuetudinario. Es decir, reconoce las costumbres y formas en que los pueblos resuelven tradicionalmente una serie de conflictos en la comunidad. Para aquella época estos reconocimientos eran avanzados. Sin embargo, al buscarse la integración o asimilación a la sociedad nacional, esos reconocimientos perdían fuerza y se asentaban contra la supervivencia de los pueblos indígenas. GÓMEZ, 2006, p. 135.

Independientes¹⁶. Este Convenio tiene como ejes esenciales: la autonomía de los pueblos indígenas y tribales, el respeto por la diferencia cultural, la defensa de los territorios y la participación¹⁷.

El Convenio 169 se ha configurado como una de las herramientas internacionales más importantes en la protección de los pueblos indígenas y tribales, entendiendo que la expresión “pueblos indígenas y tribales”, abarca a todas las comunidades que conservan total o parcialmente sus propias tradiciones o costumbres, instituciones y organización social.

Al respecto la corte ha señalado: “[se] ha explicado que la diversidad socio-cultural no es exclusiva de los pueblos indígenas, pues como realidad fáctica existen en Colombia otras comunidades y grupos sociales poseen una cultura propia”¹⁸.

En ese orden de ideas resulta importante aclarar que no sólo los pueblos reconocidos como indígenas son titulares de los preceptos establecidos en el Convenio 169, sino que se ha determinado que otras comunidades, entre ellas las afrocolombianas, son titulares de los denominados derechos grupales especiales¹⁹.

Uno de los avances más significativos del Convenio 169 fue el implementar la obligación de realizar una consulta a los pueblos indígenas mediante procedimientos adecuados en aquellos casos susceptibles de afectarlos directamente, bien sea por la inclusión de medidas legislativas o administrativas. Actualmente, las disposiciones contenidas en el Convenio 169 son de carácter vinculante para los 22 países que lo han ratificado, entre los cuales se encuentran: Argentina, Bolivia, Brasil, República Centroafricana, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, España, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Nicaragua, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú y Venezuela²⁰.

16 ORDUZ SALINAS, NATALIA y BURITICÁ, PAULA. *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*, Universidad de los Andes, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, 2010. <http://www.odracial.org/files/r2_actividades_recursos/266.pdf>; consultado el 9 de enero de 2018.

17 Corte Constitucional. Sentencia SU-217 de 2017.

18 Corte Constitucional. Sentencia C-864 de 2008. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

19 Corte Constitucional. Sentencia T-823 de 2012. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

20 Organización Internacional del Trabajo. Ratificación del C169 - Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169): <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0:NO:PI1300_INSTRUMENT_ID:312314>; consultado el 9 de enero de 2018.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, refuerzan la protección y regulación de los derechos de los pueblos indígenas, pues consagran como derecho la libre determinación de los pueblos, el derecho de los pueblos a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales y, asimismo, los Estados parte de los pactos deben promover el ejercicio del derecho a la libre determinación²¹.

De igual manera, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas estableció, entre otras cosas, que los estados deben celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas a través de sus propias instituciones representativas, con el fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar un proyecto que afecte el territorio y otros recursos, especialmente en relación con el desarrollo, utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo²². Esto lleva a pensar que la obligación que recae en cabeza del Estado de realizar la consulta previa debe constar con el consentimiento libre e informado de la comunidad.

Con relación al consentimiento previo, libre e informado, el Convenio 169 le otorgó un carácter restrictivo y excepcional ya que sólo se hace exigible cuando se requiere reubicar a la comunidad, precisando que no puede ser considerado como derecho al veto en caso de no llegar a un acuerdo²³. Sin embargo, el Relator Especial de las Naciones Unidas afirmó que cuando están de por medio proyectos de inversión a gran escala, el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento del pueblo o grupo étnico que puede llegar a verse afectado por la ejecución del proyecto, no siendo suficiente la realización de la consulta²⁴.

21 Ver: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

22 Ver: Artículo 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

23 SALINAS ALVARADO, CARLOS EDUARDO. La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia, *Revista Derecho del Estado*, n.º 27, 2011, pp. 235-259. <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So122-98932011000200011&lng=en&tlng=es>; consultado el 6 de febrero de 2018.

24 SANTAMARÍA ORTIZ, ALEJANDRO. La consulta previa desde la perspectiva de la negociación deliberativa, *Revista Derecho del Estado*, n.º 36, 2016, pp. 227-247. Disponible en <<https://dx.doi.org/10.18601/012209893.n36.08>>; consultado el 6 de febrero de 2018.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, del desarrollo internacional se distinguen cuatro tipos de derechos con los que cuentan las comunidades indígenas y demás grupos étnicos al momento de tomar decisiones en aquellos eventos en que determinadas actividades puedan llegar a afectarlos; estos son:

a) El primer derecho es el referido a la atribución para decidir autónomamente o determinar de modo libre su modelo de desarrollo (derecho a la libre determinación del desarrollo).

Los demás derechos están referidos a formas de relación entre el Estado y los pueblos indígenas:

b) Participación en todo ciclo de políticas.

c) Consulta previa a medidas legislativas o administrativas, y,

d) Consentimiento, previo libre e informado cuando se puede poner en riesgo derechos fundamentales de los pueblos, como la integridad o el modo de vida y desarrollo²⁵.

Como resultado de lo anterior, es claro que la consulta previa ha tenido un avance muy notable a nivel internacional²⁶, en especial en el campo del derecho internacional de los derechos humanos, pues se han fijado una serie reglas generales para que cada Estado aplique el principio democrático, conforme a las particularidades de sus comunidades, establezcan dentro de sus ordenamientos jurídicos la forma en la que debe ser efectuada la consulta y con ello garantizar una debida participación y protección a diversos grupos étnicos.

25 YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL Z. *El derecho a la libre determinación del desarrollo. Participación, consulta y consentimiento* http://www.derechosociedad.org/IIDS/Documentos/El_Derecho_a_la_Libre_Determinacion.pdf; consultado el 16 de mayo de 2018.

26 En este sentido, se ha dicho que “[l]a ‘Consulta previa’ presenta uno de los principales triunfos del derecho internacional de los derechos humanos para la protección de los grupos étnicos. Se trata de una manifestación del derecho de participación, una aplicación del principio democrático, que supone que los destinatarios de una decisión participen en su confección y en la forma de su ejecución, la cual se ha convertido en una importante herramienta de protección de las comunidades o pueblos indígenas y tribales. La reivindicación de su territorio, de su autonomía política, administrativa y jurisprudencial es unos de los escenarios en que se puede evidenciar el ejercicio de esta figura democrática, la cual se ha erigido como un derecho en cabeza del colectivo indígena y de su identidad cultural”. Ver: SANTAMARÍA ORTIZ, ALEJANDRO. La consulta previa desde la perspectiva de la negociación deliberativa, *Revista Derecho del Estado*, n.º 36, 2016, pp. 227-247. <<https://dx.doi.org/10.18601/01229893.n36.o8>>

A pesar de lo anterior, la aplicación y regulación del derecho fundamental a la consulta previa por parte de los Estados se ha convertido en una problemática, que cada día cobra más fuerza, debido a que el reconocimiento de los derechos de grupos étnicos ha suscitado tensiones con otros sectores, en especial con el económico.

En el caso del Estado colombiano se observa que pese a ser considerada la consulta previa como un derecho de carácter fundamental, en la actualidad no se cuenta con una ley estatutaria que la regule, lo que ha conllevado a la expedición de medidas provisionales, más específicamente directivas presidenciales y decretos, que a la hora de librar las tensiones existentes no han resultado ser suficientes tal y como se expondrá más adelante.

1.2. REGULACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

El ordenamiento jurídico colombiano no ha sido ajeno al desarrollo e implementación de la consulta previa, razón por la cual se pueden encontrar dentro del mismo diversas disposiciones que refuerzan su ejecución y reconocimiento tanto de carácter constitucional como legal.

Al respecto, en la Constitución Política de Colombia se encuentran varias disposiciones que fortalecen de manera reiterada la consulta previa como un derecho fundamental (artículos 2, 7 y 40)²⁷, toda vez que el Estado colombiano cuenta con una visión pluralista que permite una mayor recepción frente al asunto tal y como se expuso precedentemente. Del mismo modo, mediante la Ley 21 de 1991 se aprobó el Convenio 169 de la OIT.

Apenas en el año de 1998 se expidió el Decreto 1320, el cual reglamentó la consulta previa para las comunidades indígenas y negras, para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio. En esta ley se señaló que el objeto de la consulta previa era: “analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra

27 En ese sentido, el artículo 2 consagra como fin del Estado el facilitar la participación de ciudadanos en la toma de decisiones que los afecten a sí mismos o a la Nación en su vida económica, política y administrativa. Por otro lado, el artículo 7 reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación. Y, finalmente, el artículo 40 consagra el derecho a la participación de los ciudadanos en la conformación y control del poder político. Ver también: Corte Constitucional. Sentencia T-657 de 2013, M. P. María Victoria Calle Correa.

por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio y las medidas propuestas para proteger su integridad”²⁸.

Ante la falta de una ley estatutaria que regulara los elementos estructurales del derecho fundamental a la consulta previa, se profirió una variedad de directivas presidenciales desde el año 2010, en especial la Directiva presidencial n.º 10 de noviembre de 2013, la cual estableció una guía para la realización de la consulta previa con comunidades étnicas. Este documento está subdividido en cinco etapas, a saber: i) Certificación sobre la presencia de comunidades étnicas; ii) Coordinación y preparación; iii) Preconsulta; iv) Consulta Previa; y v) Seguimiento de acuerdos²⁹. Las anteriores directivas presidenciales fueron retomadas por el documento Conpes 3762 de 2013 desarrollado por el Departamento de Planeación, en cual, se recomienda al Ministerio del Interior establecer protocolos para la optimización del proceso de la consulta previa³⁰. Finalmente, con el Decreto 2613 del 2013 se adoptó el protocolo de coordinación interinstitucional para la consulta previa.

Diferentes sectores han manifestado su preocupación por la falta de una regulación garantista y eficaz de la consulta previa, y han recomendado al Estado colombiano entrar a regular la consulta mediante una ley estatutaria. Así, por ejemplo, la Defensoría del Pueblo puntualizó que “la regulación deberá sujetarse a los estándares internacionales así como a los criterios fijados por la Corte Constitucional, de forma tal que la misma se convierta en un instrumento de garantía y eficacia para la consulta previa, y no en un obstáculo para su realización”³¹. Por su parte, la Corte mediante Sentencia T-129 de 2011 ordenó exhortar al Congreso a fin de regular la consulta previa con un carácter de consentimiento libre, previo e informado.

28 Decreto 1320 de 1998. Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio. *Diario Oficial* 43.340, Ministerio del Interior.

29 Presidencia de la República. Directiva Presidencial 001 de 2010 (26 de marzo de 2010). Garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales.

30 Documento Conpes 3762 de 2013. <http://parquearvi.org/wp-content/uploads/2016/11/Documento-CONPES-3762-de-2013.pdf>; consultado el 22 de enero de 2018.

31 Defensoría del Pueblo. *Defensoría del Pueblo insta a reglamentar el instrumento de la consulta previa*, 2014. <<http://www.defensoria.gov.co/es/nube/noticias/507/Defensor%C3%ADa-del-Pueblo-insta-a-reglamentar-el-instrumento-de-la-consulta-previa-Consulta-previa-Ombusman-Lima-Per%C3%BA-pueblos-ind%C3%ADgenas-FIO-Eventos-y-actos-p%C3%BAblicos-Derechos-Humanos.htm>>. Consultado el 1 de agosto de 2018.

En ese orden de ideas, es indiscutible la necesidad de que se expida una ley estatutaria que regule el derecho fundamental a la consulta previa, toda vez que las disposiciones hasta ahora legisladas no son suficientes para resolver las controversias presentadas entre todas las partes, es decir: las comunidades, las empresas y el Estado.

Dada la magnitud del asunto, el Ministerio del Interior presentó un primer texto de proyecto de ley estatutaria de consulta previa, mediante el cual se busca establecer reglas claras y de carácter vinculante que logren alcanzar un punto de equilibrio acorde con los preceptos internacionales y constitucionales ya establecidos. Es incuestionable que esta iniciativa es el primer paso para regular de manera adecuada el derecho fundamental a la consulta previa, sin embargo, no ha resultado ser una tarea sencilla ya que a la fecha no se ha logrado obtener un acuerdo sobre el texto definitivo del proyecto, debido a que los debates entre las partes son constantes³² y, adicionalmente, no se han concertado escenarios de participación con las comunidades afrocolombianas³³.

1.3. TITULARES, OBJETO Y PROCEDIMIENTO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA

La Corte ha establecido como punto de partida para la fundamentación de la consulta previa la confluencia del principio democrático a la participación y el reconocimiento a la diversidad étnica y cultural de la nación, puntualizando que este derecho hace parte de las modalidades de participación instituidas a favor de los pueblos indígenas y afrodescendientes³⁴.

En este sentido, la Corte ha definido que de las normas constitucionales se desprenden dos modalidades de participación a favor de los grupos étnicos: la primera de carácter general, que se manifiesta en el ámbito de las medidas legislativas, y la segunda, que tiene que ver con el ámbito de participación que se caracteriza por la instauración de medidas que afecten directamente a las comunidades. De estos casos y de la interpretación de los convenios

32 Revista *Dinero*. Proyecto de ley de consultas previas: ¿en el limbo? 2017. <<https://www.dinero.com/edicion-impresa/pais/articulo/poco-avanza-proyecto-de-ley-de-consultas-previas/250412>>; consultado el 31 de julio de 2018.

33 LÓPEZ SUÁREZ, ALFONSO. Las comunidades bloquean la reglamentación de las consultas previas. Revista *Portafolio*, 2018. <<http://www.portafolio.co/economia/las-comunidades-bloquean-la-reglamentacion-de-las-consultas-516431>>; consultado el 1 de agosto de 2018.

34 Corte Constitucional. Sentencia C-366 de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

internacionales que regulan la materia, se concluye que debe surtir un procedimiento particular de consulta previa, como requisito *sine qua non*, para garantizar la preservación de la identidad³⁵.

Frente a la protección a la diversidad étnica y cultural, la Corte ha sido enfática en precisar que la consulta previa también cuenta con sustento directo en el artículo 7.º de la Constitución de 1991; sobre el particular ha manifestado:

[...] el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural de la nación responde a una nueva visión del Estado, en la que ya no se concibe a la persona como un individuo abstracto, sino como un sujeto de características particulares, que reivindica para sí su propia conciencia étnica. Valores como la tolerancia y el respeto por la diferencia, se convierten en imperativos dentro de una sociedad que se fortalece en la diversidad, en el reconocimiento de que en su interior cada individuo es un sujeto único y singular que puede hacer posible su proyecto de vida. En este nuevo modelo, el Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo —incluidas las cosmogonías indígenas, tribales y étnicas— puedan coexistir pacíficamente³⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, la consulta previa comprende una amplia gama de principios constitucionales que han permitido catalogarla como un derecho de carácter fundamental, y con ello, proporcionarle un amparo prevalente dentro del ordenamiento jurídico colombiano, tal categorización surge debido a que la consulta previa concreta mandatos constitucionales “como el principio de comunidades particularmente vulnerables, la diversidad cultural y los compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, frente a los pueblos étnica y culturalmente diversos”³⁷.

1.4. TITULARES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA

La Corte mediante Sentencia T-294 del 2014 estableció que este mecanismo es aplicable solo en relación a los grupos étnicos, precisando que para establecer si una comunidad es acreedora del citado derecho, se debe acudir a los

35 Corte Constitucional. Sentencia C-366 de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

36 Corte Constitucional. Sentencia T-080 de 2017. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

37 Corte Constitucional. Sentencia T-201 de 2017. M. P. José Antonio Cepeda Amarís.

criterios establecidos en el artículo 1.1 del Convenio 169, el cual dispone que la consulta es aplicable a los pueblos tribales e indígenas.

En ese sentido, mediante Sentencia T-704 del 2016 se indicó que, si bien ningún tratado de derechos humanos ha definido con exactitud qué es un pueblo indígena o tribal, se optó por proporcionar unos criterios descriptivos de los grupos que se pretenden proteger, resumiéndolos de la siguiente manera:

– El criterio más relevante para determinar si determinado pueblo o individuo puede ser considerado indígena o tribal es el criterio de autoidentificación.

– Los pueblos tribales y sus miembros son titulares de los mismos derechos que los pueblos indígenas y sus integrantes.

– En cuanto a las colectividades humanas, los pueblos indígenas y tribales tienen una trayectoria social propia que se adapta a los cambios históricos y se reconfigura continuamente.

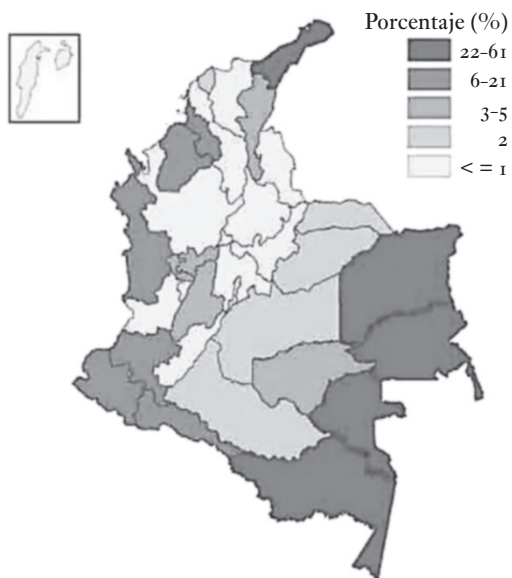
– Aunque la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales es compartida por sus integrantes, es inevitable que algunos de ellos vivan con menos apego a las tradiciones culturales que otros. Esto no significa que pierdan su identidad ni las prerrogativas que les confiere el marco normativo internacional de protección de sus derechos.

Asimismo, la Corte mediante Sentencia T-197 de 2016 concluyó que “la caracterización de cierto grupo como titular del derecho a la consulta previa depende, necesariamente, de que reivindique cierta especificidad, que puede estar vinculada a una historia compartida, a su relación con la tierra o a la presencia de ciertos rasgos comunes”. Por lo anterior, se determinó que, si bien el Estado mediante actos administrativos contribuye a demostrar la existencia de un grupo étnico, esto no se constituye como único factor, ya que en caso de duda se puede constatar mediante estudios etnológicos.

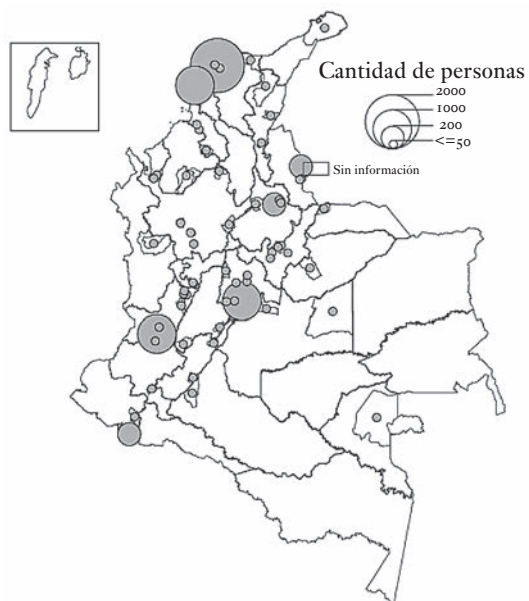
Siguiendo los parámetros previamente expuestos, el Estado ha determinado que los grupos étnicos reconocidos para la realización de la consulta previa son: i) Las comunidades indígenas; ii) Comunidades negras; iii) Raizales; v) Palenqueras; y vi) Pueblo ROM³⁸; cuya presencia en el territorio nacional se logró plasmar en un mapa étnico basado en el censo del año 2005 efectuado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

38 MORALES ALZATE, JOHN JAIRO. *Consulta previa: un derecho fundamental*, Bogotá, 2013, p. 38.

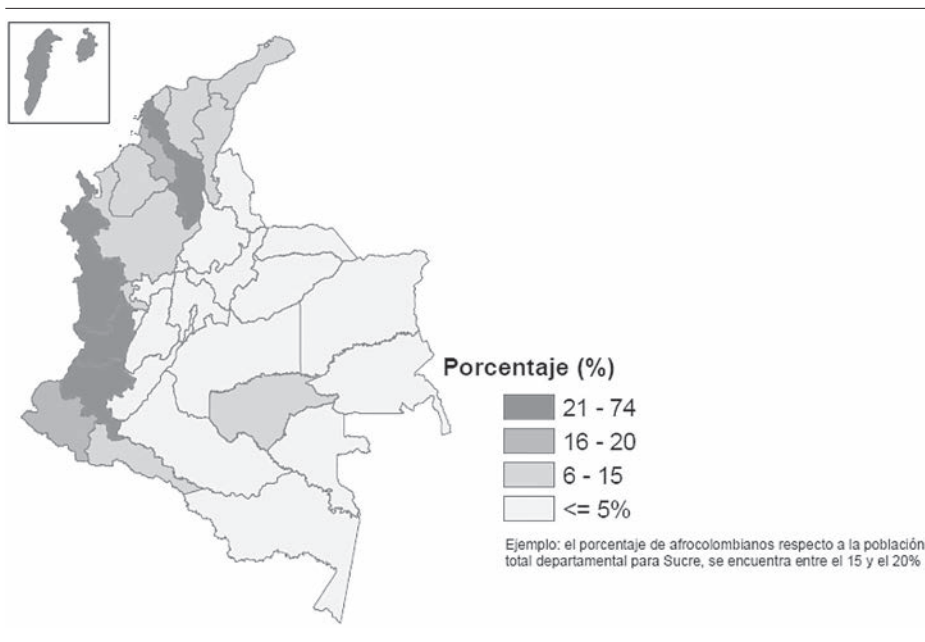
MAPA 1. PARTICIPACIÓN DE INDÍGENAS RESPECTO A LA POBLACIÓN TOTAL DEPARTAMENTAL



MAPA 2. POBLACIÓN ROM, A ESCALA MUNICIPAL



MAPA 3. PARTICIPACIÓN DE AFROCOLOMBIANOS RESPECTO A LA POBLACIÓN TOTAL DEPARTAMENTAL



Fuente: Censo general 2005; Marco geoestadístico nacional, 2004.

1.5. OBJETO DE LA CONSULTA PREVIA

Consulta previa frente a medidas legislativas y/o administrativas

La Corte Constitucional, teniendo en cuenta el artículo sexto del Convenio 169^[39], ha establecido que el proceso de consulta debe realizarse sobre aquellas medidas que puedan llegar a afectar directamente a los grupos, señalando que en materias como el territorio, el aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan es completamente obligatorio⁴⁰.

39 Convenio 169. Artículo 6: Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

40 Corte Constitucional. Sentencia C-366 de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

En ese orden de ideas, para que una medida legislativa o administrativa deba ser sometida a consulta, se hace imperativo demostrar que puede llegar a generar una *afectación directa*⁴¹. Sobre el particular, la Corte ha manifestado que es un elemento esencial del derecho fundamental a la consulta previa, debido a que se refiere a la identificación de medidas que impactan a las comunidades étnicas desde un punto de vista cultural o, dicho en otras palabras, es un concepto que se define en torno a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y la identificación de medidas que impactan su modo de vida⁴². Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al referirse al concepto de *afectación directa* estableció que son todas aquellas medidas que afectan, bien sea de manera exclusiva o diferencial, el modo de vida de los pueblos indígenas⁴³.

Ahora bien, en cuanto a los escenarios en los cuales puede presentarse una *afectación directa* la Corte en Sentencia C-366 de 2011 los estableció de la siguiente manera:

i) cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuente con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos naturales; ii) cuando a pensar que no se trate de esas materias, el asunto regulado por la medida está vinculado con los elementos que conforman la identidad particular de las comunidades diferenciadas; y iii) cuando a pesar de tratarse de una medida de carácter general, regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales, por lo que puede generarse bien una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una omisión legislativa relativa que discrimine⁴⁴.

La omisión del deber de realizar la consulta previa a medidas legislativas o administrativas que generen una *afectación directa*, según la Corte, trae como consecuencia: “i) la declaratoria de inconstitucional, total o parcial, de la normatividad correspondiente; o ii) la exequibilidad condicionada del precepto,

41 *Ibid.*

42 Corte Constitucional. Sentencia SU-217 de 2017. M. P. María Victoria Calle Correa.

43 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pueblo Saramaka *vs.* Surinam, sentencia del 28 de noviembre de 2007, San José de Costa Rica.

44 Corte Constitucional. Sentencia C-366 de 2011.

que privilegie una interpretación que salvaguarde las materias que inciden en la definición de identidad de las comunidades diferenciadas”⁴⁵.

Por ejemplo, mediante fallo C-491 de 2008, la Corte al encontrar que algunas disposiciones de la Ley del Plan de Desarrollo 2006-2010 contemplaban proyectos que incidirían de manera directa y específica sobre algunas comunidades étnicas, declaró la exequibilidad condicionada de la norma, bajo el entendido que dichos proyectos debían suspenderse hasta tanto no se cumpliera con el requisito de realizar la consulta. Asimismo, mediante sentencia C-175 de 2009 se declaró la inexequibilidad del Estatuto de Desarrollo Rural (L-1152 de 2007), toda vez que al contener regulación integral sobre el desarrollo rural debió consultarse a las comunidades debido al vínculo especial que poseen en relación con sus territorios.

Consulta previa frente a proyectos que generen una afectación directa

La Corte, partiendo de una interpretación sistemática del artículo 15^[46] del Convenio 169 y del artículo 330^[47] de la Constitución Política, fijó mediante la sentencia SU-039 de 1997 una serie de criterios generales sobre la manera en la que debía efectuarse la consulta, enfatizando que la misma no se resumía en una simple reunión informativa, sino que debía incluir una explicación completa sobre el proyecto a desarrollar, su forma de ejecución, posibles afectaciones y la oportunidad, por parte de la comunidad, de valorar las ventajas y desventajas del proyecto.

45 *Ibid.*

46 Convenio 169. Artículo 15: En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o exploración de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

47 Constitución Política. Artículo 330: La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto a dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

Es así como se ha determinado la obligación de consultar a las comunidades étnicas, cuando se vaya a ejecutar proyectos de exploración⁴⁸ y explotación de los recursos naturales que se encuentren dentro de sus territorios ancestrales, ya que de esa manera se les garantiza sus derechos a la integridad cultural, a la igualdad y a la propiedad⁴⁹.

El consentimiento previo, libre e informado frente al traslado de las comunidades

De los preceptos establecidos en el Convenio 169 se concretó que los Estados están obligados a obtener el consentimiento del pueblo indígena antes de tomar decisiones relacionadas con traslados poblacionales y medidas de salvaguarda. Al respecto, la Corte en sentencia T-376 de 2012, señaló que la participación de los grupos étnicos se sintetiza en tres facetas: i) la simple participación; ii) la consulta previa; iii) el consentimiento previo, libre e informado.

Al analizar de fondo las connotaciones del consentimiento previo, libre e informado, la Corte estableció una serie de pautas para determinar cuándo se hace exigible el consentimiento, siendo las siguientes: i) cuando la gravedad de la medida amenace la existencia de la comunidad; ii) cuando se almacenen o no se eliminen materiales peligrosos en territorio étnico o el traslado de la comunidad de su territorio; y iii) cuando se trata de planes de desarrollo a gran escala⁵⁰.

48 Corte Constitucional. Sentencia C-395 de 2012. “[...] Como se ha dicho, la jurisprudencia ha sido explícita en señalar que la consulta previa procede siempre que haya una afectación directa de las comunidades étnicas y ha identificado la etapa exploratoria en proyectos mineros como una de tales hipótesis [...]”.

49 Corte Constitucional. Sentencia T-849 de 2014. M. P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

50 Corte Constitucional. Sentencia T-704 de 2016. 1. Cuando la gravedad de la medida amenace la existencia de la comunidad: “La necesidad de que las consultas terminen con un acuerdo o con el consentimiento de las comunidades afectadas debe establecerse a partir de la gravedad de las posibles consecuencias que la medida objeto de consulta pueda traerles. Una medida que amenace la subsistencia de una comunidad indígena o tribal no podría implementarse, en consecuencia, sin haber obtenido su consentimiento. (Sentencia T-576 de 2014)”.

2. Cuando se almacene o no se eliminen materiales peligrosos en territorio étnico o el traslado del mismo la comunidad de su territorio: “Conforme a la declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas el proceso consultivo debe culminar con la obtención del consentimiento en dos circunstancias. El artículo 29 les impone a los Estados el deber de adoptar medidas eficaces para asegurar que “no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado”. Por su parte, el artículo 16.2 del Convenio de la OIT: “Cuando excepcionalmente el traslado y

No obstante lo anterior, es importante resaltar que la consulta no implica un poder de veto de las comunidades sobre las medidas que puedan afectarlas directamente, por tal motivo se ha afirmado que en caso de no existir acuerdo entre las comunidades y el Estado, siempre que se haya cumplido con el proceso de consulta, éste último está legitimado para adoptar de manera unilateral la decisión que pueda afectar directamente a las comunidades, siempre y cuando cumpla con unas cargas específicas:

i) la decisión debe estar desprovista de arbitrariedad y autoritarismo; ii) la decisión deber ser objetiva, razonable y proporcionada, y iii) debe identificarse y adoptarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir y/o restaurar los efectos individuales y colectivos que la medida pueda tener sobre las personas, bienes, instituciones, cultura y territorio de las comunidades étnicas (de modo tal que, de ser posible, las comunidades y sus miembros participen en las actividades y en los beneficios del proyecto, además de recibir la correspondiente indemnización, si es el caso)⁵¹.

La consulta previa frente a programas de formación académica

Para proceder a especificar las connotaciones del deber de consulta frente a programas de formación académica, se tomarán como referencia las pautas empleadas por la Corte en la sentencia T-201 de 2017, mediante la cual se procedió

la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados”.

3. Cuando se trate de planes de desarrollo a gran escala: “Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes de inversión de explotación y exploración en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de los recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea”. (Sentencia T-129 de 2011).

51 Corte Constitucional. Auto 073 de 2014. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

a estudiar si la política “De cero a Siempre”, del Gobierno nacional, vulneraba los derechos étnicos, especialmente el de consulta, de una comunidad afro.

Sobre el particular la Corte señaló que todas las medidas que afectan directamente a las comunidades étnicas deben ser concertadas con ellas, sosteniendo que el ámbito de aplicación de la consulta no solo se extiende a aquellas medidas de carácter particular o concreto sino también aquellas de carácter general. Con relación a las políticas públicas sobre programas de alimentación y educación se determinó que el Estado debía incorporar un enfoque diferencial respetuoso de la cosmovisión de los pueblos étnicamente diferenciados, toda vez que estas medidas en específico pueden llegar a afectarlos directamente “primero, por su naturaleza cultural; y segundo, por el impacto sobre el ejercicio de su autonomía”⁵².

I. 6. PROCEDIMIENTO PARA LA CONSULTA PREVIA

Partiendo de las disposiciones consagradas en el Convenio 169, se observa que, si bien no se estableció un procedimiento específico para ejecutar la consulta, sí se ordenó a los Estados que, conforme a las particularidades de las comunidades asentadas dentro de sus territorios, se encarguen de fijar las pautas para llevar a cabo un proceso de consulta apropiado, sin embargo y como se manifestó anteriormente, en el caso colombiano aún no se cuenta con una ley estatutaria de consulta previa, lo que hace necesario remitirse a los desarrollos efectuados por parte de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sobre el tema la Corte Constitucional en Sentencia T-236 de 2017 determinó que un procedimiento adecuado “es aquel que se basa en la realización de la consulta previa como un nivel de participación que está especialmente diseñado para la garantía de los derechos de los grupos excluidos”. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos humanos al referirse al proceso de consulta y siguiendo los parámetros generales impuestos por el Convenio 169, sintetizó los requisitos esenciales para su procedimiento de la siguiente manera: a) debe realizarse de buena fe; b) debe ser realizada con carácter previo y; c) de forma adecuada y accesible e informada⁵³.

52 Corte Constitucional. Sentencia T-201 de 2017.

53 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012.

La consulta previa debe realizarse de buena fe

La consulta previa debe efectuarse según unos parámetros de confianza y claridad, ya que su debida ejecución permite que las comunidades sean correctamente informadas sobre: i) los programas que se pretenden realizar dentro de sus territorios; y ii) los posibles efectos que se pueden llegar ocasionar; logrando con ello crear escenarios de interlocución efectivos.

La Corte, mediante auto 073 de 2014, al referirse al principio de buena fe, estableció que es un elemento transversal que determina todo el proceso de consulta previa, y que se caracteriza por: (i) imponerle deberes al Estado y a la comunidad consultada, los deberes del Estado son los de generar espacios adecuados y pertinentes de participación, ser receptivo frente a las inquietudes de la comunidad; y, en consecuencia, actuar según los resultados. Por su parte, la comunidad debe exigir a las instituciones competentes la realización de la consulta previa, del mismo modo debe demostrar actitudes de armonización y concertación, respecto de las propuestas que las instituciones le presenten.

Asimismo, por (ii) ser un mecanismo y/o proceso de naturaleza sustantiva y constitucional, que busca la salvaguarda de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas. Y, (iii) ser un ejercicio de ponderación, en el cual se debe tener en cuenta no solo la posición de los pueblos étnicos, sino también, sus propuestas, derechos fundamentales, la protección de la identidad, integridad y diversidad étnica, social y cultural y, por supuesto, la protección de otros derechos como el de la explotación de los recursos naturales.

La consulta debe ser realizada con carácter previo

Otra de las particularidades primordiales de la consulta, es la relacionada con el momento en la que debe efectuarse, al respecto y teniendo en cuenta las disposiciones consagradas a nivel internacional y constitucional, se observa que se ha establecido de manera unánime que la consulta debe ejecutarse antes de emprenderse o autorizarse cualquier programa o medida que pueda llegar afectar directamente a las comunidades⁵⁴.

En la misma dirección, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la consulta debe realizarse de conformidad con las tradiciones de los pueblos y en las primeras etapas del proyecto que se pretenda ejecutar

54 Sobre el particular, la Sentencia T-969 de 2014 se refirió en idéntico sentido.

y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad⁵⁵.

Sin embargo, se han identificado situaciones en las cuales se ha omitido el deber de llevar a cabo el proceso de consulta antes de ponerse en marcha un proyecto, obra o actividad, que afecta de manera directa a una determinada comunidad ocasionando daños e impactos nocivos. En este sentido, la Corte ha señalado que, pese al carácter preventivo de la consulta, esta debe ejecutarse con posterioridad debido a que se hace necesario entrar a contrarrestar de alguna forma los efectos adversos ocasionados, precisando siempre y de manera enfática que la consulta no puede convertirse en un mecanismo de compensación e indemnización de daños causados, puesto que tal contexto generaría un debilitamiento en las instituciones y las formas organizativas de los diferentes grupos étnicos⁵⁶.

La consulta debe ser informada y culturalmente adecuada

Esta exigencia comprende que las comunidades deben ser informadas de manera adecuada y suficiente sobre los proyectos que se pretenden desarrollar, identificando sus posibles consecuencias y afectaciones sobre los elementos que constituyen la base de su integridad social, cultural, económica y política⁵⁷. Razón por la cual se debe proporcionar una participación efectiva en el diseño e implementación de medidas preventivas y/o de corrección de los impactos adversos, correspondiendo a la entidad encargada de ejecutar la obra, proyecto o actividad: i) identificar de manera concreta los riesgos; ii) diseñar medidas de manejo adecuadas; y, iii) crear canales de comunicación intercultural⁵⁸.

En virtud de lo anterior, se ha establecido que a las comunidades se les debe proporcionar información sobre:

- a) la naturaleza, el tamaño, la reversibilidad y el alcance de cualquier proyecto o actividad propuestos; b) las razones por las que se quiere llevar a cabo dicho proyecto; c) la duración del mismo; d) las áreas que serían afectadas; e) las asesorías preliminares donde se establezcan los posibles impactos económicos, sociales,

55 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia del 27 de junio de 2012.

56 Corte Constitucional. Sentencia T-969 de 2014. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

57 Corte Constitucional. Auto 073 de 2014. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

58 *Ibidem*.

culturales y ambientales de los proyectos; f) el personal que estaría involucrado en la ejecución del proyecto propuesto; e) los procedimientos que tendrían que llevarse a cabo para la realización del proyecto⁵⁹.

Bajo este contexto se ha identificado que mantener informada a la comunidad, desde un principio y de manera suficiente, ha generado resultados positivos en la realización de la consulta y por ende en la ejecución de los proyectos⁶⁰.

2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA EN COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS

Antes de proceder a abordar el tema de la consulta previa de las comunidades afrocolombianas, se hace necesario realizar una breve reseña sobre la evolución histórica de estas, pues estuvo notoriamente marcada por la negación de su humanidad y con ello de su dignidad, libertad, oportunidades y demás derechos mínimos. Este fenómeno de negación correspondió principalmente a la condición de esclavos que estas colectividades ostentaban, forjando de esa manera no sólo su cosificación y trasmutación a herramientas productivas, sino también, al desconocimiento de sus tradiciones, cultura, saberes y memoria⁶¹.

Al respecto se ha revelado que alrededor de 12,5 millones de africanos fueron víctimas del largo proceso de deportación forzada que se dio hacia las Américas, situación que ha sido catalogada como “uno de los crímenes contra la humanidad más grandes de la historia”. Uno de los aspectos más sobresalientes de esta realidad fue el hecho que la economía colonial estuviera literalmente en los hombros de estas colectividades, no sólo en el campo de la explotación de recursos naturales (oro y plata), sino también en lo relacionado con la producción de las grandes haciendas tanto azucareras como ganaderas⁶².

59 ORDUZ SALINAS, NATALIA y BURITICÁ, PAULA. *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*, Universidad de los Andes, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, 2010. Disponible en <http://www.odracial.org/files/r2_actividades_recursos/266.pdf>; consultado el 9 de enero de 2018.

60 RODRÍGUEZ, GLORIA. *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2014, p. 43.

61 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Los Afrocolombianos frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio*, 2012. <<http://www.undp.org/content/dam/colombia/docs/ODM/undp-co-odmafrocolombianos-2012.pdf>>; consultado el 5 de septiembre de 2018.

62 RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR. *La esclavitud es un trauma funcional*, 2011. <<https://www.dejusticia.org/la-esclavitud-es-un-trauma-funcional>>; consultado el 17 de octubre de 2018.

Sin embargo, desde la época de la colonia las comunidades afrodescendientes crearon formas de oposición al régimen esclavista, huyendo y estableciéndose en diferentes espacios geográficos de las regiones Pacífica y Caribe y en los Valles Interandinos⁶³. Ahora bien, es conveniente resaltar que indistintamente de los motivos que condujeron a materializar estas dinámicas de sublevación, lo cierto es que estas prácticas propiciaron un quebrantamiento del sistema colonial imperante y opresor, que llevó a la conformación de comunidades negras autónomas⁶⁴.

El derecho a la libertad finalmente se logró con la promulgación de la Ley 21 de 1851, mediante la cual se determinó la abolición de la esclavitud. Así las cosas, y pese a que los esclavos fueron reconocidos como sujetos libres de derechos, los años que siguieron a la abolición de la esclavitud se vieron notoriamente marcados por una posición estatal y social tendiente a invisibilizar los derechos de la población afrodescendiente⁶⁵. Es así como se encuentran disposiciones evidentemente adversas a los intereses de este colectivo que iban desde limitaciones al sufragio universal hasta la ejecución de trabajos hostiles en aplicación a la Ley de Vagancia⁶⁶.

De este modo, la comunidad negra permaneció segregada del proyecto de Nación por muchos años y sin la posibilidad de reclamar un lugar en la sociedad, adquiriendo una especie de ciudadanía de segunda clase, forzada a hacer parte de un proceso de “integración” tendiente a ubicarla en un horizonte caracterizado por la marginalidad y la exclusión⁶⁷.

En este contexto, se podría afirmar que a partir del momento en que las comunidades afrocolombianas fueron consideradas como un grupo étnico, se dio inicio a un nuevo periodo que fue dejando a un lado su larga tradición de

63 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Afrocolombianos: sus territorios y condiciones de vida*, 2011. <<http://www.co.undp.org/content/dam/colombia/docs/DesarrolloHumano/undp-co-cuadernoafro-2012.pdf>>; consultado el 5 de septiembre de 2018.

64 MCFARLANE, ANTHONY. Cimarrones y palenques en Colombia: siglo XVIII, *Revista Historia y Espacio*, n.º 14, 1991, pp. 53-78.

65 *Políticas públicas para el avance de la población afrocolombiana: revisión y análisis*. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Disponible en <<http://blog.utp.edu.co/etnopediatria/files/2015/03/Pol%C3%ADticas-p%C3%BAblicas-para-el-avance-de-la-poblaci%C3%B3n-afrocolombiana.pdf>>; consultado el 03/09/2018.

66 *Los Afrocolombianos frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio*, cit.

67 VALENCIA, HELENA. Lugares de las poblaciones negras en Colombia: la ausencia del afrocaribe insular, *CS*, n.º 7, 2011, pp. 309-350. <<https://dx.doi.org/10.18046/recs.i7.1046>>; consultado el 18 de octubre de 2018.

segregación, para dar paso a su visibilización y con ello a una amplia cobertura de derechos y protección en razón a los rasgos de su identidad cultural. Sobre este aspecto, se ha afirmado que tal reconocimiento correspondió a un complicado proceso que tuvo lugar en el último cuarto del siglo XX y que es posible dividirlo en cuatro fases: (i) proceso de etnización en los años ochenta, momento en el cual se creó la Asociación Campesina Integral de Atrato; (ii) la Constitución de 1991, en la cual se le reconocieron sus derechos étnico-territoriales; (iii) Ley 70 de 1993; y (iv) Ley 1745 de 1995; las dos últimas fases se vieron marcadas por el conflicto, los cultivos ilícitos y las instigaciones de las empresas privadas⁶⁸.

En consecuencia, es evidente que la promulgación de la Constitución de 1991 promovió un cambio verdaderamente determinante con relación al reconocimiento de los derechos fundamentales de las comunidades afrocolombianas y demás grupos étnicos. Lo anterior, debido a que en virtud de sus disposiciones se reconoció la relevancia de la diversidad étnica y cultural de la nación, y con ello la obligación del Estado de protegerla, instituyendo así un discurso realmente incluyente que permitió reivindicar la identidad colectiva y participación efectiva de los colectivos étnicamente diferenciados e históricamente discriminados⁶⁹.

2.1. PROCESO HISTÓRICO DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LAS COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS

A pesar de ser un grupo históricamente excluido, fueron las alianzas del bloque indígena las que resultaron esenciales a la hora de debatir las propuestas relacionadas con el reconocimiento de territorios, cultura, autoridades y reivindicación étnica⁷⁰.

Esta circunstancia se debió entre otros factores a que los candidatos afrocolombianos no alcanzaron la votación necesaria para ser parte del proceso constituyente, lo que exigió examinar alternativas que les facilitara su participación

68 BAQUERO SERIO, ÁNGEL. *Los consejos comunitarios del medio Atrato en vía del posdesarrollo. Hacia un modelo deliberativo de organización de las comunidades negras*, Universidad Sergio Arboleda, 2014, p. 38.

69 Corte Constitucional. Sentencia T-576 de 2014. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

70 *Ibid.*

y eventual reconocimiento como grupo étnico. De este modo, las comunidades negras estructuraron una estrategia de participación indirecta que incluyó la consolidación de alianzas las cuales se concretaron en tres fuerzas: i) en los representantes indígenas; ii) los constituyentes de la Alianza Patriótica M-19 y la Unión Patriótica; y iii) en los delegados del partido liberal⁷¹.

Lo anterior dio lugar a que dentro del texto superior se hiciera referencia expresa a los afrocolombianos como colectivo de protección especial⁷² y en virtud de tal condición se ordenó expedir una ley que: “i) reconociera el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras asentadas en la cuenca de pacífico y ii) que protegiera su identidad cultural, sus derechos y fomentara su desarrollo económico y social”⁷³. Este nuevo escenario permitió que la comunidad afrocolombiana después de tantos años de exclusión tuviera la primera oportunidad real de participar en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación y de incidir en la adopción de las decisiones que podrían afectarlos⁷⁴.

De esta forma, en desarrollo del artículo 55 transitorio de la Constitución de 1991, el Congreso de la República expidió la Ley 70 de 1993, la cual tuvo como propósito principal regular el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras y, adicional a ello, se crearon instrumentos para la protección y promoción de la identidad y desarrollo económico de estos

71 *Ibid.*

72 Constitución Política de 1991. Artículo transitorio 55: Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley. En la comisión especial de que trata el inciso anterior tendrán participación en cada caso representantes elegidos por las comunidades involucradas. La propiedad así reconocida sólo será enajenable en los términos que señale la ley. La misma ley establecerá mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social. Parágrafo 1.º Lo dispuesto en el presente artículo podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista. Parágrafo 2.º Si al vencimiento del término señalado en este artículo el Congreso no hubiere expedido la ley a la que él se refiere, el Gobierno procederá a hacerlo dentro de los seis meses siguientes, mediante norma con fuerza de ley.

73 Sentencia T-576 de 2014.

74 *Ibid.*

colectivos⁷⁵. Dentro de su articulado se puede observar que se establecieron como principios rectores:

1. El reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural y el derecho a la igualdad de todas las culturas que conforman la nacionalidad colombiana.
2. El respeto a la integralidad y la dignidad de la vida cultural de las comunidades negras.
3. La participación de las comunidades negras y sus organizaciones sin detrimento de su autonomía, en las decisiones que las afectan y en las de toda la Nación en pie de igualdad.
4. La protección del medio ambiente atendiendo a las relaciones establecidas por las comunidades negras con la naturaleza⁷⁶.

Cabe anotar que uno de los puntos más importantes de esta ley se encuentra en el numeral quinto del artículo 2, mediante el cual se logró definir la comunidad negra de la siguiente manera:

El conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.

Con esto, se puede afirmar que las negritudes son portadoras de una identidad étnica que puede instrumentalizarse para lograr accesos a recursos y escenarios vedados⁷⁷.

Ahora bien, con el fin de aclarar el alcance del artículo 2 de la ley 70 de 1993, la Corte señaló que el término de “comunidades negras”, se refiere tanto a aquellas que habitan en la Cuenca del Pacífico colombiano como a las que estén ubicadas en otros puntos del territorio nacional y cumplan con los elementos objetivos (existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por miembros del grupo que los diferencian de los demás sectores sociales)

75 Corte Constitucional. Sentencia T-955 de 2003. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

76 Ley 70 de 1993. Artículo 3.

77 Sentencia T-576 de 2014.

y subjetivos (existencia de una identidad grupal que los hace parte de un colectivo) para ser consideradas como miembros de una comunidad étnica y con ello destinatarias de los derechos especiales que tal condición generan⁷⁸.

De este modo, y al referirse al derecho fundamental a la consulta previa, se puede entrever que en varias de las disposiciones de la Constitución se hace mención concreta a su observancia; es así como en el artículo 22 se ordena de manera expresa el deber de consulta en el plan de manejo de áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales cuando en los mismos habiten familias o comunidades negras.

Asimismo, en el artículo 38 se establece que los miembros de las comunidades negras deben disponer de medios de formación técnica, tecnológica y profesional, esclareciendo que estos programas de formación no sólo deben tener en cuenta las particularidades de las comunidades, sino que además deben ser consultados con estas. Y, por su parte, el artículo 58 instituye que los fondos de inversión social deberán contar con una unidad de gestión de proyectos destinados para apoyar a las comunidades negras en procesos de proyectos los cuales deberán ser consultados.

Complementado lo anterior, se afirma que otro de los grandes avances que sobresalen de lo dispuesto en la Ley 70 de 1993 y que contribuyeron a enriquecer la gama de derechos destinados a las comunidades afrocolombianas como un colectivo sujeto de protección especial por parte del Estado, son los denominados consejos comunitarios que han sido catalogados como mecanismos esenciales para la representación, gobierno y autonomía de estas comunidades⁷⁹.

En ese sentido, se ha establecido que los consejos comunitarios son una forma de organización social, responsables de administrar el territorio del cual tienen jurisdicción y que reflejan el sentir de este grupo social⁸⁰⁻⁸¹.

78 Corte Constitucional. Sentencia C-169 de 2001. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

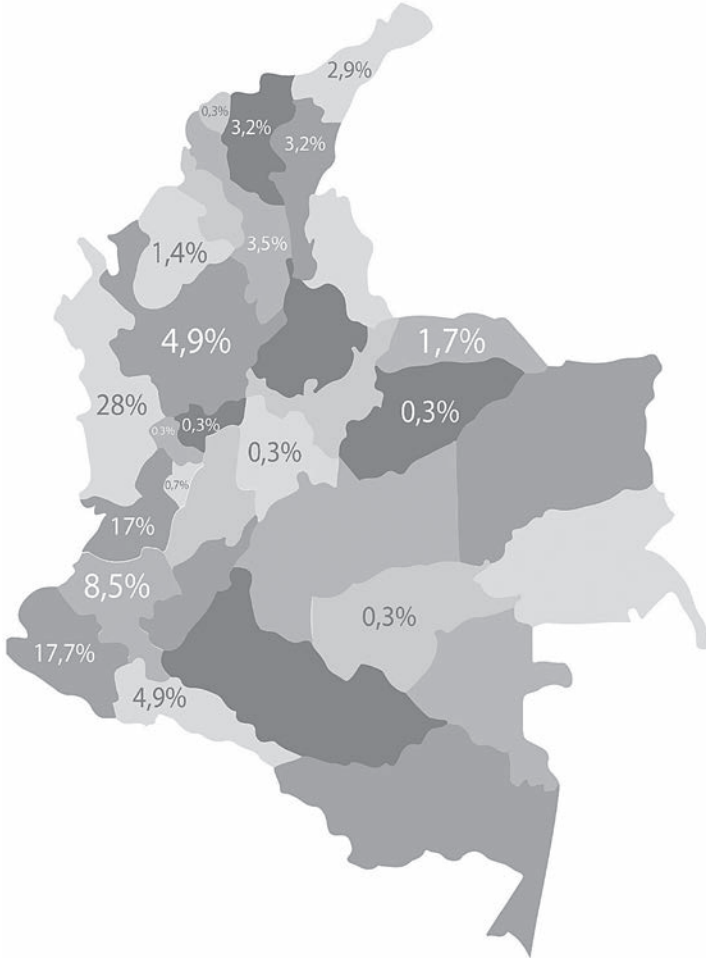
79 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Afrocolombianos: sus territorios y condiciones de vida*, cit.

80 CUESTA RENTERÍA, JHADIANA LUCÍA e HINESTROZA CUESTA, LISNEIDER. Análisis jurídico de las funciones de los consejos comunitarios en territorios colectivos de comunidades negras. *Justicia*, n.º 32, diciembre de 2017, pp. 160-181. Disponible en <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So124-74412017000200160&lng=en&nrm=iso>. Consultado 12 sep. 2018.

81 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Afrocolombianos: sus territorios y condiciones de vida*, cit.

Actualmente y teniendo en cuenta las bases del Ministerio del Interior, Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, se han registrado formalmente un total de 281 consejos comunitarios, los cuales se distribuyen dentro del territorio colombiano de la siguiente manera:

MAPA 4. CONSEJOS COMUNITARIOS REGISTRADOS EN COLOMBIA



MAPA 5. DEPARTAMENTOS CON MAYOR REGISTRO DE CONSEJOS COMUNITARIOS

VALLE DEL CAUCA

Cali	1
Candelaria	1
Ginebra	1
El Cerrito	1
Dagua	2
Florida	2
Jamundí	3
Buenaventura	37



NARIÑO

Francisco Pizarro	1
Policarpa	1
La Tola	1
Mosquera	1
El Charco	2
Ipiales	3
Olaya Herrera	3
Santa Bárbara	3
Magüi	4
Roberto Payán	6
Barbacoas	11
San Andrés de Tumaco	14



CHOCÓ

Istmina	1
Juradó	1
Lloró	1
Unión Panamericana	1
Medio Baudó	1
El Litoral del San Juan	1
Nuquí	1
Cértegui	1
Tadó	1
Atrato	1
Unguía	1
Alto Baudó	2
Acandí	2
Bahía Solano	3
Río Quito	4
Quibdó	7
Bajo Baudó	9
Carmen del Darién	10
Riosucio	10
Condoto	22



CAUCA

Suárez	1
Santander de Quilichao	1
Balboa	1
Guachené	1
Mercaderes	1
Cajibío	1
Puerto Tejada	1
Guapi	
López	
Timbiquí	



Fuente: elaboración propia.

Las funciones de los consejos comunitarios son las de: i) velar por la conservación del territorio colectivo; ii) ejercer el gobierno económico de las tierras, según sus sistemas de derechos propios y legislación vigente; iii) delimitar y asignar en usufructo áreas de uso y aprovechamiento individual, familiar y comunitario en el territorio titulado colectivamente⁸².

2.2. REGULACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS

Se ha establecido de manera clara que los grupos destinatarios del derecho a la consulta previa, tienen que reivindicar cierta especificidad, que generalmente está vinculada con una historia compartida, su relación con la tierra o la presencia de rasgos comunes, como su fisiología, lengua, tradiciones, organización social, instituciones políticas, entre otros⁸³, tal y como sucede con las comunidades negras.

Dentro del ordenamiento jurídico se ha hecho alusión de manera expresa a la titularidad de este colectivo sobre el derecho fundamental en mención; por ejemplo⁸⁴: la Ley 21 de 1991^[85], Ley 99 de 1993^[86], Decreto 1320 de 1998^[87], Decreto 1220 de 2005^[88], Decreto 140 de 2006^[89] y Decreto 3770 de 2008^[90].

82 Corte Constitucional. Sentencia T-955/03. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

83 *Ibidem*.

84 *Políticas públicas para el avance de la población afrocolombiana: revisión y análisis*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Disponible en <<http://blog.utp.edu.co/etnopediatria/files/2015/03/Pol%C3%ADticas-p%C3%ABlicas-para-el-avance-de-la-poblaci%C3%B3n-afrocolombiana.pdf>>; consultado el 03/09/2018.

85 Obliga al Estado a “establecer procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”.

86 Determina, entre otros aspectos, que las decisiones sobre la explotación de los recursos naturales en territorios de comunidades afrodescendientes “se deben tomar previa consulta a sus representantes”.

87 Reglamenta la consulta previa “para analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse por la explotación de recursos naturales dentro [de territorios de las comunidades afrodescendientes], y las medidas propuestas para proteger su integridad”.

88 Estipula que para el otorgamiento de licencias ambientales “debe darse cumplimiento a la consulta previa”.

89 Estipula que el jurado para seleccionar etnoeducadores debe contar con un instrumento elaborado previa consulta a la Comisión Pedagógica Nacional de Comunidades Negras.

Con base en lo anterior, se concluye que i) las comunidades afrocolombianas cuentan con el mismo status y con igual margen de protección y derechos que los pueblos indígenas y por tal motivo no hay lugar a dar un trato preferente en cuanto a la realización de la consulta previa y; ii) la titularidad de las comunidades negras al derecho fundamental a la consulta previa se puede ver plasmado de manera taxativa en diferentes disposiciones de carácter legal.

2.3. JURISPRUDENCIA SOBRE CONSULTA PREVIA EN COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS

Si bien se ha establecido que la consulta previa debe realizarse con anterioridad a la ejecución del proyecto y/o actividad que puede llegar afectar de manera directa a las comunidades, la realidad muestra que tal requisito se está pasando por alto. Esto ha generado que los grupos étnicos hagan uso de la tutela como mecanismo de protección para amparar este derecho de carácter fundamental.

Antes de entrar en materia es importante resaltar que los pronunciamientos escogidos cuentan con dos características claras, a saber: i) son casos en donde se omitió el deber de consulta específicamente a comunidades afrocolombianas que no están ubicadas en la región pacífica, a excepción de uno que no sí se enmarca en la región pacífica; y ii) los proyectos y/o actividades objeto de consulta están relacionados o vinculados a sectores de impacto estratégico que ha venido generando un amplio activismo judicial.

Sentencia T-745 de 2010 (Comunidades afrocolombianas vs. Proyecto “transversal Barú”)

En esta oportunidad la Corte entró a determinar si era obligatorio realizar la consulta previa a las comunidades afrocolombianas asentadas en los corregimientos de Pasacaballos y Barú, en razón de la iniciación y puesta en marcha de un proyecto cuyo objeto era la construcción y mejoramiento de la vía “transversal Barú”.

Como punto de partida la Corte señaló que, gracias al carácter fundamental de la consulta previa en los grupos étnicamente minoritarios, los jueces de tutela

90 Agrega a las funciones de las comisiones consultivas la de servir de instancia de consulta previa de medidas legislativas o administrativas que puedan afectar directamente a las comunidades afrodescendientes.

están ampliamente facultados para estudiar la viabilidad de su amparo, ya que la subsistencia de estos pueblos requiere de medidas de protección inmediatas tendientes a asegurar el menor detrimento posible de sus derechos. Del mismo modo, estableció que todos los miembros de estas comunidades están autorizados para demandar vía tutela la observancia de sus intereses como colectivo.

Una vez establecidos los argumentos que denotan la importancia de la consulta previa, se procedió a esclarecer que el punto a resolver se concentraba en determinar la obligatoriedad de la consulta previa a las comunidades afrocolombianas asentadas en los corregimientos de Pasacaballos y Barú, dada la puesta en marcha del proyecto cuyo objetivo era la construcción y mejoramiento de la transversal Barú.

Del material probatorio se observó que, si bien se había convocado a algunos miembros y representantes de las comunidades a discutir sobre el proyecto en mención, lo cierto es que estas convocatorias no cumplían con los requisitos necesarios para ser catalogadas como un proceso de consulta, puesto que “la constitución de simples reuniones no tiene la virtualidad de satisfacer las exigencias propias del derecho reclamado”.

Del mismo modo, es imperativo anotar que para que un procedimiento pueda ser catalogado como consulta previa, debe tender a crear escenarios deliberativos donde se proporcione información suficiente sobre el alcance y posibles repercusiones a las comunidades afectadas para efectos de mitigar los resultados adversos.

En ese orden de ideas, se corrobora que el proyecto objeto de litigio no sólo afectaba a las comunidades accionantes por ejecutarse en sus territorios, sino que, sus secuelas recaían de manera adversa sobre elementos esenciales de su cosmovisión. Por tal motivo y a fin de proteger la diversidad, integridad y autonomía de los accionantes, se ordenó la suspensión de las obras, del proyecto en mención, hasta tanto no se efectuará la consulta previa correspondiente.

Sentencia T-104 A de 2010 (Consejo comunitario La Toma vs. explotación de oro en territorios comunitarios)

El problema jurídico objeto de análisis se concretó por la acción de tutela interpuesta por los representantes del Consejo Comunitario del corregimiento La Toma, del municipio de Suárez, Cauca, por considerar violados sus derechos a la vida digna, a la consulta previa, al trabajo, al debido proceso y a la autonomía e integridad cultural.

Los hechos que dieron origen a exponer tal afirmación se originaron por la expedición de una licencia expedida por Ingeominas a favor del señor Héctor de Jesús Sarria para la explotación de un yacimiento de oro, sin adelantar el proceso de consulta previa por parte del Ministerio del Interior aun cuando este proyecto estaba en la capacidad de afectar la autonomía y la identidad e integridad cultural de los accionantes.

En ese orden de ideas, se argumentó que las comunidades afrocolombianas al ser un colectivo que comparte sentimientos de identificación con su pasado y que mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, gozan de un rango constitucional especial. Paralelamente, se consideró significativo destacar que el derecho de propiedad colectiva ejercido sobre sus territorios es un elemento esencial para su cultura y valores espirituales.

Por lo anterior, se ha hecho imperativo implementar un sistema en donde la explotación de los recursos naturales, especialmente en las áreas tradicionalmente habitadas por estas comunidades, esté caracterizado por una ejecución compatible con los deberes de protección ambiental, la defensa de la integridad social, cultural y económica y la supervivencia como grupo humano y cultural de sus ocupantes.

Ahora bien, en los eventos relacionados con la exploración y explotación de los recursos naturales en los territorios ancestrales se ha hecho necesario armonizar dos intereses contrapuestos: i) la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; y, ii) asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades afrocolombianas que ocupan dichos territorios⁹¹.

Así las cosas, la exploración y explotación de los recursos naturales en estos territorios debe hacerse compatible con la protección que el Estado ha establecido a favor de la integridad social, cultural y económica de las comunidades nativas.

De lo expuesto se establecen las siguientes reglas:

- i) antes de empezar la exploración y explotación de un proyecto minero que se encuentra en territorio de las comunidades étnicas minoritarias, se debe desarrollar la consulta previa respectiva con las comunidades que pueden ser o llegar a ser afectas por dicho proyecto; ii) deberá estar aprobado el estudio y expedida la

91 Corte Constitucional. Sentencia T-104 A de 2010. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

licencia ambiental respectiva, para poder iniciar los trabajos y obras mineras; iii) la autoridad minera deberá tener en cuenta y decidir sobre el derecho de prelación que les atañe a esas comunidades étnicas⁹².

En el caso concreto se expone que no se llevó a cabo en debida forma el proceso participativo, puesto que, de las pruebas obrantes en el expediente se observa que el Consejo Comunitario del corregimiento la Toma no fue consultado, ni hubo participación directa de la comunidad frente a la decisión de explotar el proyecto aurífero en su territorio.

Para finalizar se arguye que dada la jerarquía de los derechos de las comunidades accionantes debe buscarse una medida que equilibre el desarrollo económico que necesita el país, pero debe mitigarse ante la preservación ambiental y coordinarse con el respeto de los valores históricos, culturales y sociales de los grupos étnicos.

En consecuencia, se ordena iniciar el proceso de consulta previa con las comunidades afectadas haciendo especial énfasis en el hecho que la autoridad competente deberá tener en cuenta su derecho de prelación.

Sentencia T-969 de 2014 (Consejos de Tierra Baja y Puerto Rey vs. Empresa de Aguas de Cartagena)

En esta oportunidad los representantes legales de los consejos comunitarios de Tierra Baja y Puerto Rey interpusieron acción de tutela en contra de la Empresa de Aguas de Cartagena, por omitir la realización de la consulta previa en el proyecto de disposición de aguas residuales denominado “Emisario Submarino”, cuyo trayecto transitaba sus territorios, los cuales no contaban con el servicio de alcantarillado, conllevando a que las comunidades demandantes asumieran los riesgos y cargas públicas para su prestación.

Bajo esos parámetros la Corte procedió a fijar si hubo vulneración del derecho a la consulta previa y al debido proceso por no convocar a todas las comunidades potencialmente afectas, ya que del expediente se pudo observar que la empresa demandada solicitó la certificación de presencia de comunidades negras en la zona y posteriormente llevo a cabo la consulta con determinadas comunidades, dejando de lado a las demandantes por no estar certificadas por la entidad competente.

92 *Ibidem*.

En ese sentido, la Corte al referirse a las certificaciones de presencia de las comunidades étnicas dentro del territorio colombiano estableció que, conforme a las disposiciones contenidas en el Convenio 169, los grupos étnicos son sujetos del derecho a la consulta previa, independientemente de que hayan sido objeto de reconocimiento formal por parte del Estado, toda vez que exigir este requisito formal se constituye como un incentivo adverso que eventualmente puede ser empleado para no reconocer a estos colectivos ni otorgarles títulos de propiedad.

Lo anterior llevó a que la Corte determinara que tanto el Ministerio del Interior como la parte ejecutante del proyecto desconocieron los derechos de las comunidades en mención, puesto que esta última tenía el deber de solicitar la visita de campo para proceder a convocar en debida forma a las comunidades respectivas y garantizar su participación en el proceso de consulta a través de sus instituciones representativas. Finalmente, la Corte ordenó condenar a la empresa demandada y a la dirección de consulta previa a convocar a los consejos comunitarios de Tierra Baja y Puerto Rey para consultarles.

Sentencia T-256 de 2015 (Comunidades de negros de Patilla y Chancleta vs. Carbones de Cerrejón Limited)

La situación que dio lugar a que la Corte iniciara nuevamente un análisis respecto a la consulta previa en las comunidades afrocolombianas fue la acción de tutela interpuesta por el representante legal de las comunidades de negros de los corregimientos de Patilla y Chancleta, del Municipio de Barrancas, Guajira, en contra de la empresa de Carbones del Cerrejón, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al medio ambiente sano, a la intimidad, a la vida, a la salud y a la consulta previa, en razón a la contaminación ambiental causada por la emisión de partículas de carbón.

Los hechos que dieron origen a acudir a este amparo constitucional se concretaron con la expedición del oficio n.º 2400-E2 del 12 de agosto de 2010 emitido por el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, mediante el cual se ordenó a la empresa accionada proceder a reubicar a los habitantes de la región, dentro de la cual se asentaban las comunidades ancestrales de Patilla y Chancleta. En virtud de esta disposición la empresa inició la construcción de un plan de viviendas las cuales fueron ocupadas posteriormente por algunos pobladores, sin embargo, los accionantes se negaron a ser parte del proyecto por considerar que este iba en contra de su identidad cultural y social.

La Corte puso de manifiesto que esta situación puede llegar a generar la pérdida de las fuentes de ingresos o medios productivos de estos colectivos, lo que ha provocado que las empresas interesadas tengan la obligación de proveer medios alternativos de subsistencia que cuenten con características similares, a fin de que los habitantes de las comunidades afectadas puedan reconstruir sus vidas y consolidar una estabilidad económica de acuerdo con sus prácticas tradicionales.

Dado el impacto negativo de trasladar y reubicar a los colectivos étnicos, se ha hecho imperativo que durante la planeación, ejecución y evaluación del proyecto que se pretende llevar a cabo, se respeten y garanticen los derechos de participación, consulta y consentimiento previo.

Por lo anterior, se establece que el alcance del derecho a la consulta va más allá de las áreas tituladas, debido a que su observancia se extiende a las tierras que efectivamente están siendo habitadas por los colectivos étnicos, así como a los lugares sobre los cuales se posee una conexión espiritual o cultural especial. Ahora bien, la Corte al referirse de manera concreta a los territorios habitados por las comunidades negras, argumentó que cuando en estos se desarrollan prácticas tradicionales de producción deben ser comprendidos como territorios ancestrales, los cuales deben ser protegidos independientemente de que exista un título colectivo.

En conclusión, la Corte estableció que la empresa accionada vulneró los derechos fundamentales a la consulta previa y al reconocimiento y subsistencia como pueblos afrodescendientes de los accionantes y como resultado de su análisis ordenó al Ministerio del Interior adelantar el proceso de consulta previa.

Sentencia T-766 de 2015 (Consejo Comunitario Cocomopoca vs. Resoluciones n.º 180241 y 0045 de 2012)

Este fallo se profirió en razón a la acción de tutela interpuesta por el Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato (Cocomopoca) por considerar infringidos sus derechos fundamentales a la consulta previa, al territorio y a la diversidad étnica y cultural, por la emisión de las resoluciones n.º 180241 y 0045 de 2012.

Las resoluciones objeto de controversia fueron expedidas por parte del Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería, mediante las cuales se procedió a declarar y delimitar áreas estratégicas mineras sobre los territorios ancestrales de las comunidades afrodescendientes accionantes sin realizar el correspondiente proceso de consulta.

En virtud de lo anterior, la Corte consideró necesario iniciar su estudio haciendo referencia a la protección de los derechos fundamentales de las comunidades afrocolombianas, puntualizando que estas gozan de un estatus de especial protección que aspira a compensarlas por las difíciles circunstancias, sociales, políticas y económicas a las que se han enfrentado tras décadas de abandono institucional, así como salvaguardar su diversidad étnica y cultural debido a su condición como sujeto colectivo portador de una identidad diferenciada.

El mencionado reconocimiento se dio como resultado de que estos colectivos cumplían a cabalidad con los requisitos exigidos por el Convenio 169, los cuales se concretaron al poseer rasgos culturales y sociales compartidos (elemento objetivo) y una conciencia de identidad grupal que ha hecho que sus integrantes se consideren miembros de esta comunidad (elemento subjetivo).

Se resolvió el problema jurídico objeto de análisis haciendo mención a la materialización de la afectación directa por la implementación de medidas legislativas o administrativas, al declarar y delimitar los territorios colectivos de los accionantes como áreas mineras se modificó unilateralmente el destino económico y productivo de dichos terrenos, creando paralelamente una restricción para su uso, ya que con tal denominación se impuso un modelo de desarrollo basado en la industria extractiva.

Sentencia T-197 de 2016 (Consejos comunitarios de Níspero, Flamenco y Pasacaballos vs. proyecto de gasoducto)

En esta sentencia la Corte examinó los supuestos que dieron lugar a que los miembros de los Consejos Comunitarios de Ma-Majari del Níspero y de Flamenco, así como la Asociación de Pescadores y Agricultores Artesanales de Pasacaballos, interpusieran una acción de tutela por considerar transgredidos sus derechos a la integridad social, cultural y económica, a la participación democrática, a la consulta previa, a la existencia y al debido proceso. El hecho generador de la vulneración se concretó en la omisión del proceso de consulta en la ejecución del proyecto de construcción y operación de un gasoducto.

La Corte es clara en señalar que, conforme a los postulados constitucionales, Colombia es un Estado social y democrático de derecho, participativo y pluralista, lo cual implica que no es factible establecer de manera dominante prioridades de interés general o una visión mayoritaria de desarrollo, toda vez que ello supone un quebrantamiento de los derechos de los grupos étnicos.

Cuando se trata de las comunidades étnicas, la realidad ha puesto en evidencia cómo a estas comunidades se les han impuesto escenarios de exclusión que ha contribuido a fomentar un contexto de doble discriminación, toda vez que no sólo son discriminadas por la adopción de decisiones basadas en una comprensión uniforme de la Nación, sino que su eventual invisibilización conlleva a que la igualdad de oportunidades no sea realmente efectiva.

La Corte continúa su análisis refiriéndose en concreto a la procedencia de la acción de tutela sobre actos administrativos, explicando que los medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no resultan idóneos para este caso en particular, toda vez que mediante esta jurisdicción solo se resuelven los aspectos relativos a la legalidad de la decisión administrativa, más no cuenta con la capacidad de resolver temas relacionados con la omisión del procedimiento de consulta previa.

En cuanto a la verificación de la existencia de la afectación directa a los miembros de las comunidades negras de Nispero, Pasacaballos y Flamenco, de las pruebas obrantes en el expediente, se determinó: i) que en gran medida sus habitantes son población vulnerable, pobre y con alto grado de presión por parte de grupos armados y necesidades básicas insatisfechas; ii) reflejan una cultura, modos de producción y organización social propios, construidos en un proceso histórico que los ha definido como un grupo culturalmente diverso; iii) su cultura tradicionalmente ha girado en torno a la pesca, la agricultura y la ganadería⁹³.

Acreditado lo anterior se estableció que la adopción de la construcción y operación del gasoducto sin haber adelantado el proceso de consulta previa, desconoció los intereses de las comunidades accionadas, ya que estas poseen una cultura construida en torno a la pesca y a la agricultura y han utilizado tradicionalmente varios espacios afectados por la tubería. Sobre el particular se concretaron dos puntos principales, a saber: i) *que en el caso de las comunidades afrocolombianas, la sola superposición de una obra sobre un cuerpo de agua tiene la susceptibilidad de afectarlos; y ii) que el territorio de estos colectivos no se define exclusivamente en términos geográficos*, es decir, si bien la demarcación cuenta con un papel vital para su adecuada protección jurídica y administrativa, no puede perderse de vista que este tiene un efecto expansivo, que comprende

93 Corte Constitucional. Sentencia T-197 de 2016. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

lugares de significación religiosa y cultural aunque estén por fuera de sus límites físicos⁹⁴.

Finalmente, se concluyó que, si bien la obra que dio lugar a acudir al amparo vía tutela había culminado, tal situación no se constituía como un obstáculo para garantizar el derecho reclamado, en razón a que los accionantes aún podían ser partícipes de los beneficios de la obra, así como de las mesadas de trabajo que se adelantarían para mitigar o evitar los riesgos de la puesta en funcionamiento del gasoducto.

Del contexto histórico que caracterizó la evolución de las comunidades afrocolombianas en el territorio colombiano, salta a la vista un alto grado de discriminación y máxime de deshumanización.

Frente al tema de la consulta previa queda claro que estas comunidades son titulares de este derecho puesto que de sus rasgos característicos de organización es preciso concluir que están amparados por las disposiciones del Convenio 169 del OIT.

En cuanto al requisito de temporalidad del proceso de consulta, resulta indiscutible destacar que el mismo ha de realizarse de manera previa a la realización de cualquier obra, proyecto, actividad, actuación administrativa, entre otros, que pueda llegar a afectar a las comunidades étnicas, a pesar de ello se han concertado escenarios en donde la consulta es ordenada de manera posterior a la ejecución de un proyecto, a fin de mitigar los efectos adversos sobre estos colectivos, sin que ello implique o la constituya como un mecanismo de indemnización, ya que tal calificativo desnaturalizaría la esencia de la consulta previa.

CONCLUSIONES

De lo expuesto se establece que los postulados constitucionales que fundamentan la protección de la diversidad étnica y cultural y consecuentemente de las minorías étnicas que habitan en el territorio del Estado colombiano han dado lugar a que dentro del ordenamiento jurídico se haya fundado un conjunto de derechos específicos destinados primordialmente a permitir un amparo efectivo de estos colectivos. Dentro de la gama de derechos establecidos a favor de las comunidades étnicas, el de la consulta previa se caracteriza por ser uno de los más sobresalientes puesto que en él se concreta el ideal de establecer

94 *Ibidem*.

una sociedad realmente democrática. En el caso de los grupos étnicos, la participación se hace con observancia y respeto a sus modelos de organización.

Siguiendo esa línea argumentativa se observa que el derecho a la consulta previa tuvo como fuente de origen las disposiciones contenidas en el Convenio 169 de 1989 de la OIT, el cual fue posteriormente adoptado en la legislación colombiana mediante la expedición de la Ley 21 de 1991. Hoy en día y en razón a los principios constitucionales intrínsecos en este derecho es catalogado de carácter fundamental, pero a pesar de ello, así como de las connotaciones de la consulta para los grupos étnicos, el Estado colombiano no cuenta con una ley estatutaria que lo regule, tal situación ha generado que varias instituciones manifiesten su preocupación ante tal vacío dadas las tensiones existentes entre las comunidades, el sector privado y el Estado.

Como aspectos generales se ha determinado que, si bien el Convenio 169 hace alusión solo de manera expresa a los pueblos indígenas y tribales, ello no quiere decir que los titulares del derecho a la consulta y demás garantías en él instituidas, se restrinjan a estos dos grupos en específico, sobre el asunto se han establecido una serie de criterios que han permitido extender este reconocimiento a aquellos grupos que cumplan con ciertas características que permitan ratificar que en efecto poseen con una concepción de organización y cosmovisión que no corresponde al modelo dominante. Así las cosas, el Estado colombiano reconoce ampliamente como destinatarios del derecho fundamental a la consulta previa a los siguientes colectivos: i) comunidades indígenas; ii) comunidades negras; iii) palenqueras; iv) pueblos ROM.

Así pues y continuando con las disposiciones del Convenio 169 es pertinente señalar que el proceso de consulta se debe realizar siempre que se presenten las siguientes situaciones: i) cada vez que se prevean medidas legislativas y/o administrativas susceptibles de afectar directamente a la comunidad; ii) antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de recursos naturales en los territorios indígenas; iii) cuando sea necesario trasladar a las comunidades de sus territorios ancestrales o tradicionales; iv) cuando se pretendan iniciar programas de formación académica.

Como requisitos indispensables para el desarrollo del proceso de consulta se ha reiterado que se deben tener en consideración los siguientes aspectos: i) la consulta debe efectuarse de buena fe; ii) tienen un carácter previo; iii) se debe proporcionar información completa y; iv) debe ser culturalmente adecuada. Sobre estas exigencias es determinante centrarse en el carácter previo de la consulta toda vez que se observa como práctica constante la omisión de su realización cuando están de por medio proyectos de desarrollo, sobre el particular

la Corte Constitucional ha manifestado que si bien el proceso de consulta debe ejecutarse con anterioridad a la puesta en marcha de cualquier actividad que pueda llegar afectar de manera directa los intereses de los colectivos étnicos, también ha sido clara en determinar su procedencia incluso una vez iniciado el proyecto en aras a mitigar los efectos adversos.

Realizadas estas precisiones y como resultado del estudio efectuado sobre algunos casos, en donde se determinó la omisión de la consulta previa a comunidades afrocolombianas, se pudieron constatar como causas principales de su inobservancia las siguientes:

- Falta de espacios deliberativos donde se proporcione información suficiente sobre el alcance y efectos de los proyectos.
- Informes insuficientes por parte de las autoridades correspondientes respecto a los efectos teniendo en cuenta la cosmovisión de las comunidades.
- Inobservancia del requisito de solitud de verificación de presencia de comunidades étnicas ante las autoridades correspondientes.
- Omisión a las connotaciones de los territorios colectivos.

La omisión del proceso de consulta en las comunidades afrocolombianas, y en especial de las ubicadas en la región no pacífica, está, por tanto, fuertemente marcado por el desconocimiento de sus prácticas tradicionales y su vínculo con el territorio por parte de las autoridades, situación que ha generado que no sea posible establecer con certeza la posible afectación directa. Del mismo modo, es evidente cómo los ejecutores de los proyectos se limitan a solicitar certificaciones de presencia de comunidades étnicas siendo su deber solicitar ante las instituciones correspondientes visitas *in loco* cuando estas no están debidamente registradas.

Finalmente, resulta paradójico cómo a las comunidades afrocolombianas no pacíficas no solo se les ha quebrantado el derecho fundamental a ser consultadas, sino que además siguen siendo fuertemente discriminadas, ya que, como se pudo observar en alguno de los casos objeto de análisis, se les obligó a soportar las cargas para la prestación de un servicio público sin ser destinatarias de los beneficios de este. Sobre el particular y siguiendo los lineamientos de la Corte no es posible continuar con un desarrollo basado en satisfacer un interés general y abstracto sentado en la transgresión de los derechos de las minorías; tal situación va en contra de los postulados constitucionales, y está en manos de la sociedad y del Estado no seguir generando estos escenarios de segregación.

BIBLIOGRAFÍA

BAQUERO, SERGIO ÁNGEL. *Los consejos comunitarios del medio Atrato en vía del posdesarrollo. Hacia un modelo deliberativo de organización de las comunidades negras*, Universidad Sergio Arboleda, 2014.

Constitución Política de Colombia, 1991.

Convenio 107 de la OIT aprobado en 1957.

Convenio 169 de la OIT.

Corte Constitucional. Sentencia C-169 de 2001. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia T-576 de 2014. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia T-955 de 2003. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia T-849 de 2014. M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

Corte Constitucional. Auto 073 de 2014. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia C-366 de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia C-395 de 2012.

Corte Constitucional. Sentencia SU-217 de 2017. M. P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. Sentencia SU-510 de 1998. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-657 de 2013. M. P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. Sentencia T-704 de 2016. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional. Sentencia T-969 de 2014. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional. Sentencia T-080 de 2017. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sentencia T-104 A de 2010. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sentencia T-197 de 2016. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sentencia T-201 de 2017. M. P. José Antonio Cepeda Amarís.

Corte Constitucional. Sentencia T-823 de 2012. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia T-955/03. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia C-864 de 2008. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, San José de Costa Rica.

CUESTA RENTERÍA, JHADIANA LUCÍA e HINESTROZA CUESTA, LISNEIDER. Análisis jurídico de las funciones de los consejos comunitarios en territorios colectivos de comunidades negras, *Justicia* n.º 32, diciembre de 2017, pp. 160-181. Disponible en <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So124-74412017000200160&lng=en&nrm=iso>; consultado 12 de septiembre de 2018.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Decreto 1320 de 1998. Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio, *Diario Oficial* n.º 43.340, Ministerio del Interior.

Departamento Nacional de Planeación. *Apuntes sobre la consulta previa con grupos étnicos*, 2011. Disponible en <https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/noticias/apuntes_sobre_consulta_previa_con_grupos_etnicos.pdf>; consultado el 9 de enero de 2018.

Documento CONPES 3762 de 2013. Disponible en <<http://parquearvi.org/wp-content/uploads/2016/11/Documento-CONPES-3762-de-2013.pdf>>; consultado el 22 de enero de 2018.

GARCÍA SAYÁN, DIEGO. *Memorias del seminario internacional El derecho de las minorías étnicas a la consulta previa. Retos y perspectivas*, Archivo General de la Nación, 5 y 6 de diciembre de 2012, p. 21.

GÓMEZ PIN, VÍCTOR. *Reducción y combate del animal humano*, Planeta, 2014.

GUTIÉRREZ, MARCELA. Pluralismo jurídico y cultural en Colombia, *Revista Derecho del Estado*, vol. 1, n.º 26, pp. 85-105.

Ley 70 de 1993. Artículo 3.

LÓPEZ SUÁREZ, ALFONSO. Las comunidades bloquean la reglamentación de las consultas previas, *Portafolio*, 2018. Disponible en <<http://www.portafolio.co/economia/las-comunidades-bloquean-la-reglamentacion-de-las-consultas-516431>>; consultado el 01 de agosto de 2018.

McFARLANE, A. Cimarrones y palenques en Colombia: siglo XVIII, *Revista Historia y Espacio*, n.º 14, 1991, pp. 53-78.

MORALES ALZATE, JOHN JAIRO. *Consulta previa: un derecho fundamental*, Bogotá, 2013.

ORDUZ SALINAS, NATALIA y BURITICÁ, PAULA. *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*, Universidad de los Andes, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, 2010. <http://www.odracial.org/files/r2_actividades_recurso/266.pdf>; consultado el 9 de enero de 2018.

Organización Internacional del Trabajo. *Ratificación del C169 – Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169): <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::PI1300_INSTRUMENT_ID:312314>; consultado el 9 de enero de 2018.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Presidencia de la República de Colombia. Directiva Presidencial n.º 001 de 2010 (26 de marzo), *Garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales*.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Políticas públicas para el avance de la población afrocolombiana: revisión y análisis*. Disponible en <<http://blog.utp.edu.co/etnopediatria/files/2015/03/Pol%C3%ADticas-p%C3%ABlicas-para-el-avance-de-la-poblaci%C3%B3n-afrocolombiana.pdf>>; consultado el 03/09/2018.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Afrocolombianos: sus territorios y condiciones de vida*, 2011. Disponible en <<http://www.co.undp.org/content/dam/colombia/docs/DesarrolloHumano/undp-co-cuadernoafro-2012.pdf>>; consultado el 5 de septiembre de 2018.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Los Afrocolombianos frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio*, 2012. Disponible en <<http://www.undp.org/content/>

dam/colombia/docs/ODM/undp-co-odmafrocolombianos-2012.pdf>; consultado el 5 de septiembre de 2018.

RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR y ORDUZ SALINAS, NATALIA. *La consulta previa: dilemas y soluciones. Lecciones del proceso de construcción del derecho de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia*, DeJusticia. <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_277.pdf>; consultado el 29 de enero de 2018.

RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR. *La esclavitud es un trauma funcional*, 2011. Disponible en <<https://www.dejusticia.org/la-esclavitud-es-un-trauma-funcional>>; consultado el 17 de octubre de 2018.

RODRÍGUEZ, GLORIA AMPARO. *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2014.

SALINAS ALVARADO, CARLOS EDUARDO. La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia, *Revista Derecho del Estado*, n.º 27, 2011, pp. 235-259. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So12298932011000200011&lng=en&tlng=es>; consultado el 06/02/2018.

SANTAMARÍA ORTIZ, ALEJANDRO. La consulta previa desde la perspectiva de la negociación deliberativa, *Revista Derecho del Estado*, n.º 36, 2016, pp. 227-247. <<https://dx.doi.org/10.18601/01229893.n36.o8>>; consultado el 6 de febrero de 2018.

SIERRA, MARÍA TERESA. *Pluralismo jurídico e interlegalidad. Debates antropológicos en torno al derecho indígena y las políticas de reconocimiento*, Justicia y Diversidad en América Latina, Pueblos Indígenas ante la Globalización, 2011.

VALENCIA P., INGE HELENA. Lugares de las poblaciones negras en Colombia: la ausencia del afrocaribe insular, *CS*, vol. 7, 2011, pp. 309-350. <<https://dx.doi.org/10.18046/recs.17.1046>>; consultado el 18 de octubre de 2018.

YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL Z. *El derecho a la libre determinación del desarrollo. Participación, consulta y consentimiento* <http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Documentos/El_Derecho_a_la_Libre_Determinacion.pdf>; consultado el 16 de mayo de 2018.

MAGDALENA CORREA HENAO*

JORGE ERNESTO ROA ROA**

CAPÍTULO 5

*Derechos Humanos, responsabilidad social empresarial
y Principios Ruggie en la jurisprudencia
constitucional colombiana*

RESUMEN

Basado en un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, este artículo demuestra que la empresa tiene un rol importante como sujeto comprometido con la protección y respeto de los derechos humanos desde cada una de las actividades que aquella realiza en aras de la consecución de su fin económico. En consecuencia, se indaga la forma como la Corte Constitucional ha abordado la relación entre la actividad de las empresas y la protección de los derechos humanos. A partir del uso que la jurisprudencia constitucional ha dado a los conceptos de responsabilidad social empresarial y a los Principios Ruggie, se infiere un conjunto de trece reglas constitucionales sobre la relación entre las empresas y los derechos humanos. Finalmente, se argumenta a favor de diseñar una justicia constitucional fuerte pero dialógica como mecanismo de protección de los derechos humanos ante la acción de los actores privados, en cuanto se logra consolidar los procesos estructurales de transformación jurídica, cultural, económica, productiva y de consumo requeridos para que el respeto de los derechos humanos sea connatural a la actividad empresarial.

Palabras clave: Derechos Humanos, empresas, responsabilidad social empresarial, Principios Ruggie, Corte Constitucional de Colombia.

HUMAN RIGHTS, CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY AND THE RUGGIE PRINCIPLES IN COLOMBIAN CONSTITUTIONAL CASE LAW

ABSTRACT

Based on an analysis of the Constitutional Court of Colombia case law, this article shows that the company has an important role as a subject committed to

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Doctora en Derecho y experta en Derecho Constitucional Económico. Asesora jurídica para temas constitucionales de entidades del Estado colombiano y organizaciones del tercer sector. Directora del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Correo: <magdalena.correa@uexternado.edu.co>

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho *summa cum laude* (Ph. D. in Law) por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (2017). Profesor de Teoría Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Público Comparado de la Universidad Externado de Colombia. Ha sido profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Correo: <jorge.roa@uexternado.edu.co>

the protection and respect of human rights from each of the activities carried out in pursuit of the achievement of its economic purpose. Consequently, this article investigates the way in which the Constitutional Court has addressed the relationship between the activity of companies and the protection of human rights. From the use that constitutional case law has given to the concepts of Corporate Social Responsibility and the Ruggie Principles, a set of thirteen constitutional rules is inferred on the relationship between business and human rights. Finally, the text argues in favor of designing a strong but dialogical judicial review as a mechanism for the protection of human rights before the action of private actors.

Key words: Human Rights, companies, corporate social responsibility, Ruggie Principles, Constitutional Court of Colombia.

INTRODUCCIÓN

El poder normativo de los derechos fundamentales o humanos se ha establecido históricamente desde el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, en torno de la relación ciudadano-Estado y persona-Estado¹. Es decir, la cultura jurídica de los derechos humanos se ha caracterizado por asignar a los Estados las obligaciones que hacen factible la garantía de los derechos humanos y la reparación de su violación².

Con todo, los cambios ocurridos en el orden económico global, las políticas introducidas por los Estados y la mutación de su poder de intervención pública económica han llevado a que el ejercicio o la satisfacción de los derechos humanos estén determinados –sobre todo– por el hacer o no hacer de las empresas³.

-
- 1 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-403 de 1992, T-406 de 1992, T-412 de 1992, T-415 de 1992, SU-067 de 1993, T-081 de 1993, T-329 de 1993, T-597 de 1993, T-126A de 1994, C-177 de 1994 y T-956 de 2002. Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 12, numeral 3) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 18, numeral 3).
 - 2 Constitución Política de Colombia (artículo 90). Convención Americana sobre derechos humanos (artículo 63.1). Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas - Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad de los Estados (Anuario de la CDI, 1980). CPJI, caso Fábrica de Chorzow. Reparación y daño. Serie A n.º. 17, pp. 27-28.
 - 3 GARCÍA HERRERA, MIGUEL ÁNGEL. Poder judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional. En: PERFECTO IBÁÑEZ, ANDRÉS (ed.). *Corrupción y Estado de derecho*, Madrid, Trotta, 1996, p. 69.

Esto en cuanto la relación de mayor relevancia para la vida de las personas se produce no tanto frente al Estado como en el funcionamiento de los mercados, sus actores productivos o los inversionistas.

En efecto, *la empresa como base del desarrollo* es la que produce y distribuye la mayor parte de los bienes y servicios con los que se satisface la mayor cantidad de los derechos e intereses legítimos, incluidos buena parte de los derechos humanos: seguridad personal, locomoción, información, educación, salud, alimentación adecuada, pensión de vejez, vivienda, acceso al agua, acceso a los servicios públicos esenciales y domiciliarios, transporte público e infraestructura.

La empresa también es el ámbito en donde se ocupa de forma mayoritaria el recurso humano disponible, con lo que se constituye en un factor fundamental para el derecho al trabajo. Y es en el marco del mercado y de sus sectores y estructuras donde la libre iniciativa y la actividad económica –independiente formal o informal– se concreta como la forma en que las personas se ganan la vida, la dignifican y en el mejor de los casos se hacen ricos.

En fin, su relación con los derechos humanos también se manifiesta en que las actividades que producen mayor impacto económico, social y ambiental sobre las comunidades son, en condiciones de normalidad, las que ejecutan las empresas, particularmente las de gran tamaño o con mayor ámbito de influencia local o por el tipo de operación que desarrollan⁴.

Además de que la actividad empresarial crea relaciones con sus trabajadores, consumidores y proveedores, así como con la competencia, sus muchas externalidades también impactan o afectan el ejercicio de las libertades y derechos de las personas que comparten el espacio o territorio donde se producen. Es decir que las libertades y los derechos individuales, sociales, colectivos tienden a depender de las empresas o son estas las que determinan buena parte de sus límites o restricciones.

A todo lo anterior se suma el hecho de que, como se ha demostrado en Estados Unidos por Adam Winkler, las empresas han sido el eje esencial de las grandes transformaciones del derecho. Por tanto, no se han limitado a ser destinatarias de las normas jurídicas, sino que han actuado como arquitectas de todo el ordenamiento jurídico. Ello al punto de haber sido reconocidas como

4 CLAPHAM, ANDREW. *Human Rights Obligations of Non State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

titulares de derechos civiles, con la subsiguiente expansión de la protección constitucional *iusfundamental* en su favor⁵.

Dado ese poder, es preciso indagar qué respuestas han ofrecido el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos a esa relación estrecha entre la empresa y los derechos humanos, donde la empresa sea considerada no solo como titular de derechos sino también de deberes y obligaciones, esto es, garante de los derechos fundamentales o humanos de las personas que la constituyen, la nutren o la rodean.

De las variadas fuentes existentes, el artículo indaga en la jurisprudencia constitucional colombiana. En particular, las sentencias en las cuales la Corte Constitucional ha mencionado o se ha servido de las nociones de responsabilidad social empresarial o corporativa y de los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar”, también conocidos como Principios Ruggie. Estos fueron avalados por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas mediante la Resolución 17/4 de 16 de junio de 2011^[6].

El objetivo del texto es mostrar cómo han jugado tales elementos dentro de la argumentación del juez constitucional, qué naturaleza se les ha atribuido y cómo se insertan dentro del sistema jurídico de derechos y obligaciones de las empresas. El argumento central es que, con la jurisprudencia sobre responsabilidad social empresarial y Principios Rectores, la Corte Constitucional de Colombia se perfila –de nuevo– como el poder del Estado que puede dotar de fundamento, contenido concreto y eficacia al discurso de los derechos humanos frente a los actores privados.

Desde luego que la contribución de la jurisprudencia constitucional –dados los condicionamientos jurídicos, culturales y económicos que el asunto plantea– es de alcance limitado. Pero no por ello desdeñable. No solo porque en otros asuntos la Corte ha propiciado la creación de leyes, la formulación de políticas públicas o la revisión de relaciones internacionales en defensa de los

5 WINKLER, ADAM. *We the Corporations. How American Businesses Won Their Civil Rights*, Nueva York, Liveright Publishing, 2018.

6 Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”. Resolución 17/4, 16 de junio de 2011, A/HRC/17/31.

mandatos constitucionales. Ni porque ha difundido una lectura constitucional y en clave de derechos de las relaciones humanas entre los particulares y frente al Estado. Sino porque su comprensión de la justicia desde la Constitución, le permite construir una argumentación fundamental para cimentar las bases de una comprensión integral del valor de los derechos humanos y el compromiso que con ellos tienen todas las personas e instituciones que integran los Estados y las sociedades que hacen parte de estos.

La hipótesis de la que se parte es que la jurisprudencia constitucional de Colombia puede ser una fuente óptima para atender las exigencias interpretativas que impone la definición constitucional de la relación entre las empresas y los derechos humanos. Lo anterior, en tanto exista un diseño fuerte de la justicia constitucional que, al mismo tiempo, asuma una actitud dialógica con otros poderes del Estado, con la sociedad, con las empresas y con las instancias internacionales de protección de los derechos humanos y de protección de las inversiones.

Para responder a las preguntas y verificar la validez de la hipótesis, el artículo se divide en tres partes. En la primera se presenta el contexto en el que actualmente se encuentra el tratamiento de la relación entre las empresas y los derechos humanos. Este contexto justifica leer la jurisprudencia constitucional de Colombia con los lentes de la responsabilidad social empresarial y los Principios Rectores. En la segunda parte se analizan las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia que aplican estándares de responsabilidad social empresarial o los Principios Rectores. En la tercera parte se hacen explícitas las reglas que, tras el estudio de la jurisprudencia constitucional de Colombia, se pueden formular para dotar de valor y eficacia a tales criterios. En cuarto lugar, se argumenta a favor de un diseño de la justicia constitucional del tipo fuerte, pero dialógico, como mecanismo para proteger los derechos humanos frente a la acción de los actores privados.

I. RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y LOS PRINCIPIOS RECTORES COMO CRITERIOS DE LA PESQUISA JURISPRUDENCIAL

La investigación se centra en las referencias de la jurisprudencia constitucional colombiana a dos nociones: la responsabilidad social empresarial y los Principios Rectores. La responsabilidad social empresarial y los Principios Rectores son parte del conjunto de respuestas que se han venido formulando desde el mercado y el orden internacional a la relación entre la empresa y los

derechos humanos⁷. En este artículo, esos dos elementos son los criterios para descubrir la jurisprudencia constitucional que se ha construido en torno de la relación entre la empresa y los derechos humanos.

Por una parte, la responsabilidad social empresarial o corporativa ha sido definida por el Banco Mundial como “el compromiso de las empresas de contribuir con un desarrollo económico sustentable, trabajando con sus empleados, sus familias, comunidades locales y con la sociedad para mejorar la calidad de vida, haciéndolo rentable tanto para las empresas como para el desarrollo”⁸. Se trata de “una iniciativa de carácter voluntario y que solo depende de la empresa e incluye actividades que se considera rebasan el mero cumplimiento de la legislación”⁹.

La previsión y el contenido de la responsabilidad social empresarial se han establecido desde el mercado, con influencia de las posiciones dominantes y del sector económico en el que se desarrolla la actividad empresarial. La concreción de la responsabilidad social empresarial opera a escala nacional o local, en atención a las condiciones en las que se produce la operación, en términos de regulación y controles del Estado, culturas y situación social, económica y ambiental.

Por su parte, los *Principios Rectores sobre empresa y derechos humanos de Naciones Unidas* —preparados por el Representante Especial del Secretario General, John Ruggie, y aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas mediante la Resolución 17/4 de 2011— son el primer acercamiento a la materia en el ámbito del derecho internacional blando.

A partir de tres pilares (proteger, respetar y remediar), los Principios Rectores refuerzan el significado de las obligaciones y competencias de los Estados para proteger los derechos humanos en materia de regulación, creación de incentivos y controles sobre las empresas. Pero, además, como previsión inédita, a través de los *principios rectores fundacionales* y, en particular, de los *principios*

7 Ver también el Pacto Global y los Objetivos del Milenio (Resolución aprobada por la Asamblea General 55/2).

8 PETKOSKI, DJORDJICA y TWISE, NIGEL (eds.). *Public Policy for Corporate Social Responsibility. World Bank Institute. Series on Corporate Responsibility, accountability and sustainable competitiveness*. Julio 7-25, 2003. Disponible en <<http://web.worldbank.org/archive/website1006/web/images/publicpo.pdf>> (consultado: 25 de abril de 2019).

9 Oficina Internacional del Trabajo. Consejo de Administración. *Iniciativa InFocus sobre responsabilidad social de la empresa. 295.ª reunión*. Ginebra, marzo de 2006.

operativos. Estos últimos establecen los lineamientos para comprometer a las empresas con los derechos humanos, mediante la formulación de políticas y procesos que aseguren su respeto y mejoren el acceso a las vías de reparación de las víctimas de abusos relacionados con su actividad económica.

Los Principios Rectores son un instrumento del derecho internacional de valor trascendental, pues con su talante tradicional –de radicar en el Estado las obligaciones principales– y con su deferencia para con las empresas reconocen la libre empresa, el mercado, los incentivos del lucro económico y el crecimiento como parte de los elementos que determinan la garantía efectiva de los derechos humanos.

Según se dijo, la responsabilidad social empresarial y los Principios Rectores son el criterio de búsqueda en la jurisprudencia constitucional. De las treinta y siete providencias que aluden a los anteriores criterios, se analizan poco más de la mitad, por ser las que desarrollan un análisis visible sobre la responsabilidad social empresarial o sobre los Principios Rectores al estudiar los problemas jurídicos relacionados con derechos fundamentales¹⁰. De acuerdo con su contenido, las sentencias se presentan organizadas así: i) sentencias de constitucionalidad que confirman la validez de normas; ii) sentencias sobre derechos económicos y sociales; iii) sentencias que giran en torno de la actividad minero-energética; finalmente, iv) sentencias de tutela en torno de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y afrocolombianas.

2. SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD QUE CONFIRMAN LA VALIDEZ DE NORMAS SOBRE RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

El derecho internacional económico, el derecho interno y su regulación de la actividad económica han introducido normas en las que se contempla la responsabilidad social empresarial. A ellas se ha referido la Corte Constitucional de Colombia en ejercicio del control de constitucionalidad, automático o por vía de acción pública de inconstitucionalidad.

¹⁰ Se encontraron 29 referencias a la responsabilidad social empresarial, siete a la RSC y cuatro a los Principios Rectores. Dos sentencias se refieren tanto a la responsabilidad social empresarial como a la RSC y una emplea tanto la noción de responsabilidad social empresarial como la de los Principios Rectores.

2.1. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO Y EN LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN EXTRANJERA

Una primera tipología de casos donde existe referencia a la responsabilidad social empresarial o a la RSC se aprecia en las sentencias C-608 de 2010, C-609 de 2010, C-915 de 2010, C-335 de 2014 y C-157 de 2016 en las cuales se efectúa el control previo y automático de constitucionalidad de los tratados de libre comercio o de inversión con diversos Estados. Esta jurisprudencia se produce en razón de que en tales instrumentos se introducen mandatos de promoción de la responsabilidad social empresarial a cargo de los Estados firmantes. No obstante, solo en las sentencias C-608 de 2010 y C-915 de 2010 la Corte Constitucional de Colombia analizó el valor de tal compromiso internacional.

La responsabilidad social empresarial con fuerza vinculante derivada de su inclusión en un acuerdo internacional

En la Sentencia C-608 de 2010 se revisó la constitucionalidad del acuerdo de libre comercio entre Colombia y Canadá¹¹. Entre otros contenidos, en ese acuerdo se establece una disposición que obliga a los dos Estados a fomentar que sus empresas incluyan programas de responsabilidad social empresarial en materia de derechos humanos, derechos laborales, medio ambiente, relaciones con las comunidades y lucha contra la corrupción¹².

Sobre esta cláusula, la Corte observa que la inclusión de mecanismos de responsabilidad social empresarial en tratados internacionales constituye un avance en favor de los derechos humanos. Tanto por la coincidencia del contenido de la responsabilidad social empresarial con algunos valores constitucionales, como por pasar de una exigibilidad dubitativa hacia una fuerza vinculante derivada de ser parte de las obligaciones internacionales que el tratado contempla¹³.

11 Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia (aprobado por la Ley 1363 de 2009).

12 Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia (capítulo 8, artículo 816).

13 “La Corte considera de la mayor importancia que los postulados de la llamada responsabilidad social corporativa (RSC) o responsabilidad social empresarial (RSE) sean elevados a derecho positivo internacional convencional, por cuanto sus fuentes normativas suelen encontrarse en

La responsabilidad social empresarial como regla de comportamiento obligatoria derivada de su conexión con la función social (constitucional) de la empresa

En la segunda sentencia, C-915 de 2010, se juzga la constitucionalidad del acuerdo sobre medio ambiente entre Colombia y Canadá¹⁴, el cual igualmente introduce una disposición por la cual se establece el deber de los Estados parte del acuerdo de fomentar que las empresas incluyan mecanismos de responsabilidad social empresarial¹⁵.

En ese caso, la Corte señaló que esa disposición era compatible con el ordenamiento constitucional de Colombia porque la responsabilidad social empresarial forma parte de la función social de la empresa establecida en la Constitución de 1991 (artículo 333)¹⁶. Una fundamentación constitucional de enorme trascendencia no solo por el carácter normativo en que se sustenta, sino por abrir las pautas de interpretación de ese ingrediente constitutivo de la libertad económica en ejercicio.

Para la Corte, el hecho de que los tratados de libre comercio y los tratados de inversión incluyan ciertos mecanismos de responsabilidad social empresarial es de vital importancia, pues ello –aunado a la coincidencia de algunos de los mecanismos de responsabilidad social empresarial con valores constitucionales– genera una amalgama que tiene como resultado el revestimiento de la responsabilidad social empresarial con fuerza obligatoria. En la tercera sección de este artículo, de este tipo de consideraciones se colegirá la regla de la conexidad.

disposiciones de *soft law*, tales como declaraciones y resoluciones. En tal sentido, incluir los principios de la RSC en un tratado de libre comercio como el presente, coadyuva al cumplimiento de los valores y principios constitucionales tales como la solidaridad, la dignificación del trabajo, el respeto por el medio, y en general, el cumplimiento de las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-608 de 2010. Fundamento jurídico 5.8.

14 Acuerdo sobre medio ambiente entre Canadá y la República de Colombia (aprobado por la Ley 1360 de 2009).

15 Acuerdo sobre medio ambiente entre Canadá y la República de Colombia (artículo 6).

16 “La Sala estima que el artículo 6 que obliga a las partes a alentar prácticas voluntarias de responsabilidad social corporativa ‘para fortalecer la coherencia entre los objetivos económicos y sociales’ es constitucional debido a que es parte de la función social de la empresa que consagra el artículo 333 de la Carta Política”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-915 de 2010.

La responsabilidad social empresarial en el diseño y aprobación de los proyectos de Zidres

La Sentencia C-077 de 2017 estudió la demanda de inconstitucionalidad contra algunos preceptos de la Ley 1776 de 2016. Esa ley creó las *zonas de interés de desarrollo rural, económico y social* (en adelante Zidres) como una medida de intervención del Estado en la economía para el desarrollo de las regiones más apartadas del territorio o de más difícil acceso. Dentro de los objetivos de las Zidres se prevé que estas “deberán constituir un nuevo modelo de desarrollo económico regional a partir de [...] promover la responsabilidad social empresarial y la Responsabilidad Ambiental Empresarial (RAE) de las personas jurídicas que desarrollen proyectos productivos en las Zidres [...]”¹⁷.

Al decidir sobre la constitucionalidad de las normas demandadas, la Corte señaló que era plausible “condicionar la aprobación del proyecto a que incorporara instrumentos eficaces que aseguraran una perspectiva de responsabilidad social empresarial y de responsabilidad ambiental empresarial”¹⁸. De este modo, la Corte apuesta con decisión por tener en la responsabilidad social empresarial —como política que define a la empresa que se postula para la conformación de una zona de esta naturaleza— un ingrediente determinante de su aprobación. Una política que, a pesar de ser producto de la autorregulación, adquiere por mandato legal y jurisprudencial —una vez más— carácter vinculante frente al Estado y frente a las personas y comunidades en torno de las cuales se configura.

2.2. SENTENCIAS DE TUTELA SOBRE DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

Aparte de los casos relacionados con las actividades mineras y energéticas, los pronunciamientos sobre los derechos sociales y económicos que han tratado la responsabilidad social empresarial o los Principios Rectores como expresión de la relación entre la empresa y los derechos humanos son más que escasos. Lo anterior, a pesar de la ampliación del mercado en la prestación de los servicios que satisfacen este tipo de derechos. A continuación se describen los casos sobre el derecho al trabajo y sobre el derecho a la salud.

¹⁷ Ley 1776 de 2016 (artículo 2).

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-077 de 2017. Fundamento jurídico 174.

Derecho al trabajo

Sobre el derecho al trabajo se destacan dos sentencias de revisión de tutela: la T-247 de 2010 y la T-340 de 2017.

La igualdad de género y el poder autovinculante de la responsabilidad social empresarial

En la Sentencia T-247 de 2010, la Corte Constitucional de Colombia protegió el derecho a la igualdad de una mujer que fue rechazada para el cargo de vigilante en la empresa Ecopetrol. Según la ciudadana, ella fue descartada para ocupar ese cargo porque la empresa no contrataba mujeres para esa posición. La empresa se defendió mediante el argumento de que la señora no había presentado correctamente su hoja de vida. Además, la empresa indicó que había desarrollado un programa de responsabilidad social empresarial por medio del cual solo contrataba a personas residentes en las zonas aledañas a las instalaciones donde se realizaba la labor de vigilancia.

En este caso, la Corte –tras acreditar lo afirmado por la demandante– señaló que no existía ningún fundamento razonable para que la empresa rehusase contratar mujeres para el cargo de vigilantes cuando estas demostraran ser idóneas para esas funciones y probaran cumplir satisfactoriamente con las actividades pertinentes¹⁹. Además, el tribunal rechazó el argumento de defensa basado en el programa de responsabilidad social empresarial, por cuanto tales políticas empresariales debían ser compatibles con los derechos fundamentales. Asimismo, la Corte estableció que la existencia de planes de responsabilidad social empresarial no eximía *per se* a la empresa de su posición de garante en relación con otros derechos fundamentales:

[...] los programas de responsabilidad social responden a la necesidad de que la empresa, en cuanto sujeto que actúa al interior de la sociedad, sea partícipe del desarrollo y promotor del bienestar del sujeto colectivo en que se lleva a cabo su actividad. En otras palabras, al ser la empresa un actor que se involucra en una determinada comunidad; cuyas acciones pueden repercutir positiva y negativamente en dicha comunidad; cuyo poder se manifiesta en los aspectos financiero, político, social, ambiental, laboral, entre otros; y cuya capacidad de acción es de las mayores

19 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-247 de 2010. Fundamento jurídico 8.

al interior de las comunidades en que se encuentra, surge una amplia variedad de posibilidades de acción con miras a que la empresa repercuta de manera positiva en la comunidad o comunidades en que desarrolla su actividad. La responsabilidad social no consiste únicamente en ser consciente de dicha posibilidad, sino de asumirla con compromiso social, encaminando esfuerzos a que, en ejercicio de su capacidad de acción, parte de las actividades desarrolladas por las empresas tengan como objetivo principal la promoción del bienestar social de la comunidad²⁰.

En esa misma decisión, la Corte señaló que la mayor parte de los elementos que integran los mecanismos de responsabilidad social empresarial, como el Global Compact del año 2000, coinciden con principios centrales del Estado Social de Derecho que limitan la acción de los particulares o les imponen obligaciones reforzadas para que satisfagan una función social que complementa el ánimo de lucro que es el elemento teleológico tradicional de la libertad de empresa. Para el tribunal, eso significa que algunos de esos elementos, cuya eficacia depende de la voluntad de la empresa porque se trata de instrumentos internacionales de *soft law*, contienen obligaciones que son plenamente vinculantes desde el punto de vista constitucional²¹. En la tercera sección de este trabajo, de estos fundamentos se colegirán las reglas de concurrencia y complementariedad.

Estas consideraciones llevaron a que el tribunal concluyera que la aplicación de programas de responsabilidad social empresarial (*e. g.*, contratación exclusiva de personas provenientes de una determinada zona vulnerable) no debe desconocer el respeto de los derechos constitucionales fundamentales (*i. e.*, igualdad y no discriminación).

Por esa razón, el programa de responsabilidad social empresarial de Ecopetrol no podía ser aplicado para impedir la contratación de mujeres para el cargo de vigilantes cuando las candidatas demostraran idoneidad para cumplir con las actividades propias de ese cargo. Por el contrario, según la Corte, los

20 *Ibidem*. Fundamento jurídico 7.

21 “[...] que el Pacto Global de las Naciones Unidas no sea un instrumento obligatorio no debe hacer perder de vista dos elementos esenciales del análisis: i) que contiene elementos incluidos en la regulación constitucional del Estado colombiano y, por consiguiente, que resultan vinculantes en cuanto normas de naturaleza constitucional; y ii) que su manifestación tiene una gran utilidad en cuanto refuerza, resalta y orienta el contenido ético que dichas prácticas involucran y, por tanto, resultan definitorias de la identidad de los actores estatales, empresariales y comunitarios que las llevan a cabo, así como de la moral social —en cuanto costumbres, mores— que resulta coherente con la esencia de un Estado con núcleo social”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-247 de 2010. Fundamento jurídico 7.

programas de responsabilidad social empresarial deben potenciar la capacidad de los actores sociales públicos y privados para lograr los objetivos que persigue el Estado Social de Derecho²².

La responsabilidad social empresarial como ingrediente humanizador de la empresa frente a la discapacidad

La Sentencia T-340 de 2017 resuelve el caso de una mujer que fue despedida de su empleo en Convergys Customer Management Colombia S. A.S en desconocimiento de la estabilidad reforzada toda vez que la empresa mencionada la despidió al enterarse de la pérdida de capacidad laboral sufrida por la accionante.

En el análisis realizado por el juez constitucional, se indicó que los beneficios previstos en la Ley 789 de 2002 para los empleadores que vinculen personas con disminución de su capacidad laboral tienen “claro fundamento en la responsabilidad social empresarial (artículo 333 Superior), según la cual la empresa es uno de los principales actores dentro de una comunidad y su actividad debe ser un instrumento de mejora social y de respeto de los derechos fundamentales, entre otros elementos de construcción social”. Además, destacó la responsabilidad social como un principio de acción empresarial que

Viene a complementar, y a enriquecer, el que hasta ahora había sido el núcleo teológico de su actividad: el ánimo de lucro. La idea de que la empresa es uno de los principales actores dentro de una comunidad y de que su actividad debe ser un instrumento de mejora social, de protección al medio ambiente y de respeto de los derechos fundamentales, entre otros elementos de construcción social, ha animado la consolidación de principios que guían la construcción de parámetros de responsabilidad social para las empresas²³.

Para la Corte, la responsabilidad social empresarial funge así un papel humanizador del objetivo de utilidad que alienta la actividad empresarial para hacer de la empresa un motor del desarrollo no solo económico sino también social.

22 “Programas, como el de responsabilidad social empresarial de Ecopetrol, desde una perspectiva distinta a la del Estado, ayudan a la realización de objetivos propios de un Estado social y, en esa medida, resultan una herramienta válida en el proceso de mejora de las condiciones sociales de las personas que se encuentran en la órbita de influencia de las actividades de una determinada empresa”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-247 de 2010. Fundamento jurídico 7.

23 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-340 de 2017.

El derecho a la salud

Llama mucho la atención que la única sentencia de la Corte constitucional sobre el derecho a la salud que se refiere y muy de paso a la responsabilidad social empresarial es la sentencia SU-124 de 2018. En ella se atendía el caso de revisión de la acción de tutela promovida por una mujer frente a la negativa de su EPS de practicarle una prueba médica destinada a detectar el cáncer de mama.

Además de retomar la línea jurisprudencial sobre el derecho a la salud, al destacar el carácter prioritario de la prevención y la detección temprana del cáncer, la Corte retomó de la intervención del Ministerio de Salud y Protección social, que dentro de las previsiones que ordenan la prestación del servicio para pacientes con cáncer, se encuentra el Plan Decenal para el control del cáncer en Colombia 2012-2021. Es este se establece no solo la acción del Estado y la acción intersectorial, sino también “la responsabilidad social empresarial y la corresponsabilidad individual” para su control²⁴.

Sin embargo, esta consideración no se retoma al definir las órdenes que le impone el juez constitucional a la entidad prestadora del servicio, las cuales se circunscriben al cumplimiento de las obligaciones legales que la sujetan, de conformidad con la Constitución y la jurisprudencia constitucional sobre la materia.

3. SENTENCIAS EN TORNO DE LA ACTIVIDAD MINERA Y ENERGÉTICA

Sin duda, las actividades empresariales que han generado mayor número de referencias a la responsabilidad social empresarial o a los Principios Rectores por la Corte constitucional, tanto en sentencias de constitucionalidad como de tutela, han sido las relacionadas con la exploración y explotación minera y de hidrocarburos. Sobresalen dentro de ellas los casos relacionados con: i) los derechos a la participación, ii) de acceso al agua y al medio ambiente sano y iii) a la libertad de trabajo.

3.1. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Tres decisiones se destacan con relación al derecho a la participación ciudadana frente a la actividad minera: dos de constitucionalidad que aluden a la

24 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-124 de 2018. Fundamento jurídico 44.

responsabilidad social empresarial y una de tutela que se fundamenta, entre otros, en los Principios Rectores.

*Participación y responsabilidad social empresarial: otra vez la responsabilidad social empresarial en las normas legales*²⁵

En la Sentencia C-150 de 2015 se juzgó la constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria 227/12 “Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática”. Como parte de los incentivos establecidos para promover la participación, se creó un premio nacional para resaltar el esfuerzo que en este sentido hayan adoptado las empresas en sus programas de responsabilidad social empresarial²⁶. En adición, se creó la figura de las “Alianzas para la Prosperidad” entendidas como “instancias de diálogo” entre los distintos actores comprometidos con los “proyectos de gran impacto social y ambiental producto de actividades de explotación minero-energética”²⁷. Estos acuerdos están llamados a “definir los mecanismos de acción conjunta que permitan el desarrollo social sostenible”, lo cual se produce con relación a la empresa, “mediante sus mecanismos de responsabilidad social empresarial, y aquellos que se deriven de las licencias ambientales y los planes de manejo ambiental”²⁸.

Sobre el premio, la Corte no ahonda en el concepto de responsabilidad social empresarial, pero sí determina sobre todos los incentivos legales que se crean, su compatibilidad con la Constitución, dada su “correspondencia con la importancia que esta materia tiene para la Carta y con el reconocimiento del deber de todos los ciudadanos de participar en la vida política, cívica y comunitaria del país”²⁹. Y sobre las Alianzas para la Prosperidad, como “forma

25 La Ley 1382 de 2010, que modificó el Código de Minas, previó expresamente en su artículo 27 sobre responsabilidad social empresarial que “las empresas mineras promoverán y efectuarán actividades de responsabilidad social, en un marco de desarrollo humano sostenible, las cuales propenderán por el logro de objetivos sociales de mejoramiento de la calidad de vida de la población y la prevención y reparación de los daños ambientales en las regiones, subregiones y/o zonas de su influencia”.

26 Se trata del Premio Nacional al Fomento Empresarial de la Participación Ciudadana con el fin de resaltar el esfuerzo de responsabilidad social empresarial que se haya destacado en el fomento de la participación y la generación de capital social. (Ver: Ley 1757 de 2015, artículo 101, lit. c).

27 Ley 1757 de 2015 (artículo 105).

28 *Ibidem* (artículo 106).

29 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-150 de 2015. Fundamento jurídico 6.50.2.

de articular responsabilidades públicas y privadas se anuda directamente al carácter participativo de la democracia”³⁰.

La responsabilidad social empresarial se reconoce –de nuevo– como compatible con la Constitución, por servir como herramienta para concretar la democracia y los derechos y los deberes constitucionales asociados con ella. Una argumentación que, aunque no aprecia el vínculo fundamental que existe entre la responsabilidad social empresarial y la libertad de empresa, al conectarla con el mandato constitucional de la participación, le otorga un papel muy significativo en lo que se ha llamado la “democracia inclusiva”³¹, en donde las empresas –como los actores principales de la actividad minera– están llamadas a jugar un papel decisivo³².

El poder normativo de la responsabilidad social empresarial en la participación minera: todo en su lugar

La Sentencia C-389 de 2016 juzgó la constitucionalidad de diversas disposiciones del Código Minero (Ley 685 de 2001) en las que se prevén los requisitos de validez de la solicitud o propuesta de concesión minera, la especificidad de las normas de contratación estatal para el trámite de las concesiones mineras, las reglas de presentación de la propuesta y sus requisitos³³. Acusadas por presuntamente violar el “derecho fundamental a la participación ciudadana”, al no prever “un momento específico para que esta se lleve a cabo, ni instancias de notificación a las personas que viven en los predios sobre los que surge el interés minero”.

Al analizar su contenido, la Corte encuentra que en efecto existe un déficit de protección en materia de participación, por lo cual declara su exequibilidad condicionada a que la autoridad minera nacional adopte medidas especiales para que en los contratos de concesión se garantice “la participación libre, previa, representativa, informada y eficaz de los potenciales afectados”, esto “sin perjuicio de la especial de los grupos étnicamente diferenciados”³⁴.

30 *Ibidem*. Fundamento jurídico 6.53.2.

31 MÁIZ, RAMÓN. Deliberación e inclusión en la democracia republicana, *Reis. Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 113, 2006, pp. 11-47.

32 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-095 de 2015.

33 Ley 685 de 2001 (artículos 16, 53, 270 y 271).

34 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-389 de 2016.

Ahora bien, aunque la Corte no aludió a la responsabilidad social empresarial, quien sí lo hizo fue el magistrado Linares Cantillo. En su salvamento de voto, Linares estimó que, contrario a lo decidido por la mayoría, en las normas relativas al procedimiento para el otorgamiento de la licencia ambiental, el derecho a la participación sí se encuentra protegido. Más aún cuando en la Ley 1757 de 2015 se contempló la posibilidad de celebrar las denominadas Alianzas para la Prosperidad, que procuran el diálogo entre los diferentes actores vinculados con la actividad, a partir –entre otras– de las medidas de responsabilidad social empresarial adoptadas por las empresas³⁵.

El disenso del magistrado indica que el carácter fundamental del derecho a la participación ciudadana no puede depender de la voluntad de la empresa sino del Estado que la debe asegurar. Sin embargo, la responsabilidad social empresarial es un instrumento idóneo para la construcción del consenso de los diferentes intereses, derechos y competencias que giran en torno de la minería, mucho más eficiente que las reglas unitarias a más de inexistentes que deba fijar el Estado.

Participación, pero no tanta y con Principios Rectores

En la Sentencia SU-095 de 2018, la Corte revisó la tutela interpuesta por una empresa petrolera (Mansarovar Energy Colombia Ltda.) contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo competente por la cual se había definido la constitucionalidad de la convocatoria a consulta popular a realizarse en el municipio donde aquella desarrollaría su actividad (Cumaral, Meta) para que la población se pronunciara en favor o en contra de la misma.

Al resolver el asunto, la Corte tuteló los derechos reclamados y dejó sin efectos la sentencia recurrida, en razón a que el mecanismo de participación ciudadana en cuestión no podía ejercerse para establecer la viabilidad o no de un proyecto minero, en cuanto tal decisión corresponde al Estado central. Sin embargo, también reiteró que existe un “déficit de protección constitucionalmente inadmisibles” en cuanto no se aprecia en el ordenamiento regulatorio legal que garantice mecanismos específicos de participación ciudadana e instrumentos de coordinación y concurrencia entre la nación y las entidades territoriales para la explotación de los recursos del subsuelo. Por esto, exhortó al legislador a corregir esta situación.

35 Ley 1757 de 2015, art. 106.

Tal postura se basa no solo en una interpretación centralista de las competencias del Estado sobre los recursos del subsuelo, sino en el reconocimiento de la actividad minera como parte del desarrollo y crecimiento de la economía. Consciente del impacto de la misma y de las falencias normativas e institucionales que persisten para asegurar su ejecución conforme con los derechos humanos, la Corte hace un llamado a las personas y empresas que cuentan con títulos o concesiones para la explotación de recursos de subsuelo, para que en sus operaciones los respeten “e introduzcan en sus políticas corporativas estrategias que conduzcan al cumplimiento de los principios constitucionales de participación ciudadana y de relacionamiento permanente con autoridades locales”³⁶.

En este punto, recoge los Principios Rectores al señalar que es indispensable que quienes realicen tales actividades “actúen con debida diligencia para prevenir, reducir y mitigar los impactos sociales, ambientales y económicos en territorio de sus operaciones y con ello, desplegar todas las labores y gestiones necesarias para tales fines, en el marco de sus obligaciones constitucionales, legales y contractuales”³⁷. Ello con la finalidad de que sus operaciones se realicen en forma sostenible³⁸.

Por lo anterior, señala que el Estado debe exigir rigurosamente a aquellas, “la debida diligencia ambiental y social, y el respeto de los derechos humanos”, en cumplimiento tanto de los “postulados constitucionales”, como de los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Y por lo mismo indica que los particulares están llamados a respetar los derechos humanos en ejercicio de su actividad y a introducir “en sus políticas corporativas estrategias que conduzcan al cumplimiento de los principios constitucionales de participación ciudadana y de relacionamiento permanente con autoridades locales”. Y más en concreto, los insta a actuar “con debida diligencia para prevenir, reducir y mitigar los impactos sociales, ambientales y económicos en territorio de sus operaciones y con ello, desplegar todas las labores y gestiones necesarias para tales fines, en el marco de sus obligaciones constitucionales, legales y contractuales”³⁹.

36 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-095 de 2018.

37 *Ibidem*.

38 *Ibidem*.

39 *Ibidem*.

3.2. DERECHO AL AGUA: UNA OBLIGACIÓN DEL ESTADO Y UNA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA

Sobre esta vital materia, solo se encuentra una sentencia (T-061 de 2017). En ella se revisaron las decisiones de instancia que declararon improcedente la tutela presentada por habitantes de una vereda, impetrada para proteger sus “derechos fundamentales al agua potable, a la salud y a una vida digna”, que alegaban estar siendo vulnerados por la empresa en el marco de sus “manio- bras de exploración y explotación de la empresa” y por la actuación y omisión de la alcaldía municipal⁴⁰.

Según la sentencia, a la responsabilidad social empresarial apela la empre- sa demandada en su intervención de parte, para afirmar que “el suministro de agua que [...] proporciona, no provino de una orden judicial, sino de un acuerdo que voluntariamente se celebró con varias familias de la vereda”⁴¹. Y que además, como parte de sus políticas en esta materia, ha suscrito con el municipio en cuestión un convenio para “aunar esfuerzos” que permitan la construcción de una red de acueducto que sirva para beneficiar a todas las veredas que comprende el área del proyecto⁴². No obstante, a renglón seguido precisa que “la obligación de abastecimiento de agua es responsabilidad del Estado en cabeza de los entes territoriales”⁴³, y no de la empresa, por lo que concluye que “no está obligada a atender el suministro de agua” reclamado ni es “responsable de la pésima calidad de la misma”⁴⁴.

La Corte, en la *ratio decidendi* de la sentencia, hace eco de estas afirmaciones y en lo demás, no constata el grave e inminente perjuicio irremediable alegado, al encontrar que las autoridades municipales han adelantado las gestiones ne- cesarias para garantizar el del derecho de acceso al agua. Una conclusión a la que también llega al encontrar que, aun cuando la autoridades competentes han adelantado las investigaciones necesarias para determinar la responsabilidad de la empresa por el grado de contaminación de las fuentes de agua y se han

40 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-061 de 2017. Fundamento jurídico 1-2.

41 *Ibidem*. Fundamento jurídico 5.1.1.2.

42 *Ibidem*. Fundamento jurídico 5.1.1.4.

43 *Ibidem*. Fundamento jurídico 5.1.1.4.

44 *Ibidem*. Fundamento jurídico 5.1.1.11.

impuesto las órdenes administrativas para la protección del medio ambiente, no existe acto que sancione o exima de responsabilidad a la empresa⁴⁵.

La responsabilidad social empresarial aparece en este punto de la decisión, cuando la Corte reconoce que el incumplimiento de “las obligaciones de adopción de medidas de corrección, mitigación, prevención y compensación por daño ambiental, establecidas en la ley [...] genera la responsabilidad ambiental de la empresa; lo cual está directamente relacionado, entre otros, con las políticas de responsabilidad social que debe cumplir Ecopetrol, a fin de evitar afectación al medio ambiente” (5.11.2.). Y como quiera que reconoce los riesgos sobre el medio ambiente que los proyectos de exploración y explotación de hidrocarburos generan, (5.13), recalca como “innegable que el otorgamiento por parte del Estado de autorizaciones” para desarrollar estas actividades, “genera para la entidad beneficiaria, responsabilidad ambiental y unos deberes de prevención y control de los factores de deterioro ambiental y la adopción de las medidas de protección”⁴⁶.

A esto agrega que a la empresa “le corresponde [...] asumir una responsabilidad social, lo cual implica una serie de restricciones y responsabilidades que contribuyen a que sea no solo deseable sino necesaria la adopción e implementación de medidas de responsabilidad social empresarial, así como el cumplimiento de los compromisos que voluntariamente se han adquirido en el marco de tales iniciativas”⁴⁷. En ese orden, establece finalmente que “empresas como Ecopetrol S. A., deben asumir prácticas relacionadas con el ejercicio de la responsabilidad ambiental, social y ética que coadyuven con el respeto de los derechos humanos, como una expresión de transparencia y solidaridad en armonía, con los principios fundantes de nuestro Estado Social de Derecho”⁴⁸.

Frente a esta decisión, la magistrada Gloria Stella Ortiz formuló una aclaración de voto en la que cuestiona la afirmación de la sentencia sobre que las afectaciones o menoscabo sobre el medio ambiente que produzcan las actividades de la empresa “generan una responsabilidad social y de ética empresarial para Ecopetrol”. Esto por cuanto, a su juicio, “la sentencia incurre en un yerro al confundir la responsabilidad ambiental con la social-empresarial, pues el incumplimiento de las normas ambientales genera consecuencias sancionatorias

45 *Ibidem*. Fundamento jurídico 5.10.

46 *Ibidem*. Fundamento jurídico 5.14.

47 *Ibidem*. Fundamento jurídico 5.14.1.

48 *Ibidem*. Fundamento jurídico 5.1.42.

e incluso penales, lo cual difiere completamente de la noción de responsabilidad social de la empresa, pues esta es una herramienta de gestión que se adopta *motu proprio* con el fin de generar un impacto en la sociedad, distinto al beneficio o utilidad económica que pueda representar para la empresa”⁴⁹.

La sentencia muestra con nitidez cómo la garantía de los derechos humanos sigue siendo atribuible al Estado y solamente es a las empresas en cuanto se haya acreditado el incumplimiento de las obligaciones legales y administrativas que le hayan sido impuestas. Aun así, resulta vital en la construcción dogmática que se explora, en cuanto formula una suerte de complementariedad entre la responsabilidad legal y la responsabilidad social empresarial en materia ambiental. Pues, antes que confundir entre ellas, lo que hace es crear una regla jurisprudencial desde la cual la responsabilidad social empresarial es corolario de la responsabilidad legal ambiental de las empresas, para coadyuvar en el propósito de hacer efectivo el respeto de los derechos humanos.

3.3. EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA

Muy relevantes son los dos casos de tutela en los que se ha tratado el derecho a la vivienda digna donde tanto la responsabilidad social empresarial como los Principios Rectores han servido claramente como fundamento de la decisión.

La responsabilidad social empresarial como norma autovinculante

En la Sentencia T-871 de 2014, la Corte Constitucional protegió “el derecho a la vivienda digna de un grupo de personas en situación de desplazamiento que habían ocupado y construido sus viviendas en un predio en el que posteriormente se halló un yacimiento de petróleo”, cuyo desalojo se había ordenado por la administración local para permitir el desarrollo de un proyecto de explotación que se había autorizado en favor de una empresa.

Dentro de los fundamentos de la decisión, la Corte reiteró su jurisprudencia referente al derecho a la vivienda digna, sobre todo cuando se trata de personas en situación de desplazamiento, refiriéndose a los fundamentos constitucionales de la función social de la empresa y de la responsabilidad social empresarial.

49 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-061 de 2017. Salvamento de voto de la magistrada Gloria Stella Ortiz.

Sobre esta última, en efecto, el juez constitucional luego de retomar diferentes conceptos que la explican (*i. e.*, Comisión Europea⁵⁰ y la Guía Técnica Colombiana de Responsabilidad Social⁵¹), y de señalar los ámbitos sobre los cuales se proyecta (*i. e.*, laboral, económico, social y ambiental), destaca la complementariedad de las fuentes en las que se soporta (*e. g.*, tratados y recomendaciones, instrumentos de *soft law* y el derecho interno) y el deber reforzado de obediencia que impone, derivado del principio de sometimiento voluntario. Con base en lo anterior define la responsabilidad social empresarial como:

[...] una integración de gestiones empresariales o corporativas que se preocupan por el impacto ambiental y social de sus operaciones, así como por la interacción con agentes interesados, dando lugar a una serie de políticas y lineamientos que las empresas suelen adoptar de forma discrecional o facultativa, en forma de *soft law*, siendo factible que provengan de normas de naturaleza obligatoria⁵².

En adición, aunque afirma que el concepto de responsabilidad social empresarial no se encuentra establecido explícitamente en la Constitución, estima que su respaldo se encuentra en la función social de la empresa prevista en la Constitución (art. 333). Además, observa que esta es el complemento del núcleo teleológico clásico de la empresa (ánimo de lucro). Por esto, además de recoger lo que ha señalado sobre la responsabilidad social empresarial en otras decisiones, concluye que a pesar de la eficacia altamente dependiente de la voluntariedad, las obligaciones derivadas de la responsabilidad social empresarial se pueden convertir en vinculantes cuando son una proyección o manifestación de un deber constitucional⁵³.

50 “[...] las compañías integran preocupaciones sociales y ambientales en sus operaciones de negocios y en su interacción con las personas o grupos de interés (los denominados *stakeholders*) de manera voluntaria”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-781 de 2014. Fundamento jurídico 4.5.1.

51 “El compromiso voluntario que las organizaciones asumen frente a las expectativas concertadas que en materia de desarrollo humano integral se generan con las partes interesadas y que, partiendo del cumplimiento de las disposiciones legales, les permite a las organizaciones asegurar el crecimiento económico, el desarrollo social y el equilibrio ecológico”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-781 de 2014. Fundamento jurídico 4.5.1.

52 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-781 de 2014. Fundamento jurídico 4.5.1.

53 Así cuando afirma “[...] la libertad de empresa tiene también una dimensión de función social, lo cual implica una serie de restricciones y responsabilidades que contribuyen a que sea no solo deseable sino necesaria la adopción e implementación de medidas de responsabilidad

Con base en esas consideraciones, al resolver el caso concreto reconoce la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentran las personas que habitan territorios susceptibles de algún tipo de explotación minera, lo cual determina para las empresas el deber de propender por la realización de los derechos fundamentales de aquellas⁵⁴. De tal manera dice el Tribunal, “[...] se cumple con la responsabilidad social empresarial en la medida en que se propenda por el desarrollo humano integral –solidaridad, dignificación del trabajo, respeto por el medio ambiente– y se genere un verdadero crecimiento económico y social de la comunidad donde se realiza dicha inversión”⁵⁵.

En ese orden precisa: “De esta manera, el contenido y alcance de las medidas de responsabilidad social empresarial (i) guardarán conformidad con el espíritu de la Constitución Política; además, (ii) cumplirán su papel complementario –con respecto a la consecución de los fines del Estado– y de apoyo a las autoridades del orden nacional, departamental y municipal, en materia de concreción de derechos fundamentales”⁵⁶. Y aunque se ordena en todo caso la reubicación de la comunidad, por hallarse en los predios de propiedad privada, reitera, con relación a la responsabilidad social empresarial, que las empresas que se dedican a la actividad de extracción de recursos naturales no renovables, están llamadas a materializar el deber de función social, “mediante diversas alternativas que realice el contenido de los derechos humanos, como la generación de proyectos productivos y que contribuyan de manera efectiva al desarrollo de las zonas que sufren el impacto de la actividad que realizan”⁵⁷.

Finalmente, en las conclusiones y decisiones por adoptar, advierte “que las medidas y programas de responsabilidad social empresarial cumplen un papel importante en la realización de los fines del Estado, ya que complementan y apoyan las acciones estatales dirigidas a realizar principios y derechos constitucionales”⁵⁸.

Esta sentencia, acaso la más relevante en cuanto a la precisión del alcance de la responsabilidad social empresarial, aunque no se sirvió de ella para formular

social empresarial, así como el cumplimiento de los compromisos que voluntariamente se han adquirido en el marco de tales iniciativas”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-781 de 2014. Fundamento jurídico 4.5.3.

54 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-781 de 2014. Fundamento jurídico 5.2.6.

55 *Ibidem*.

56 *Ibidem*. Fundamento jurídico 5.2.6.

57 *Ibidem*.

58 *Ibidem*. Fundamento jurídico 6.8.

las órdenes para la tutela del derecho vulnerado, es muy valiosa dentro de la construcción jurisprudencial que se explora, por cuanto ahondó en las razones por las cuales su fundamento constitucional se encuentra en la función social de la empresa, desde la cual se irradia un refuerzo a los deberes de las empresas frente a los derechos humanos individuales y colectivos de las personas a quienes afecta su actividad. Una consideración que como se afirmaba atrás, no sólo es significativa para el entendimiento de la responsabilidad social empresarial, sino que además abre paso a una interpretación constitucional de la función social como elemento connatural a la empresa.

El valor normativo de los Principios Rectores

Sobre el derecho a la vivienda digna, algo similar se aprecia con relación a los Principios Rectores en la Sentencia T-732 de 2016, en la que la Corte Constitucional revisó y confirmó parcialmente la sentencia de instancia mediante la cual se tuteló tal derecho de una familia que habitaba en las inmediaciones de una carretera altamente transitada por vehículos de carga pesada vinculados a la construcción de un oleoducto.

Para llegar a esta decisión, la Corte no solo retomó su jurisprudencia consolidada sobre el derecho a la vivienda digna y otros argumentos jurídicos y fácticos relacionados con el caso, sino que además incluyó un análisis, el más significativo hasta ahora observado, de los Principios de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos.

A su respecto, en las consideraciones de la sentencia, la Corte destacó el proceso de formulación de estos, su importancia y fundamento y contenidos generales. Además, resaltó el contenido de sus tres pilares, para realzar con relación a los que apuntan a las empresas (respetar y reparar), el significado, alcance y medidas que se derivan de la debida diligencia (principios 15, 17 y 19) y de los mecanismos de reparación y los procedimientos dialógicos que por aplicar para su definición (principios 25 y 31)⁵⁹. Por último, el juez constitucional se refiere al Plan Nacional de Acción elaborado por la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos porque, según el tribunal, este era el instrumento que concretaba la aplicación de los Principios Rectores dentro del ámbito interno del Estado⁶⁰.

59 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-732 de 2016. Fundamentos jurídicos 41 y 42.

60 *Ibidem*. Fundamentos jurídicos 43 y 44.

Ahora bien, lo que resulta más sobresaliente de esta sentencia, es lo que observa la Corte constitucional al momento de resolver el caso concreto. Así cuando estima que, si bien el fallo de primera instancia acertó al atribuir responsabilidad por la vulneración del derecho a la vivienda a las autoridades locales, no lo hizo cuando excluyó de la misma a la empresa. Por esto, luego de afirmar abiertamente que en “el marco de un Estado Social de Derecho, que promueve la igualdad [...] los derechos no generan únicamente obligaciones en cabeza del Estado”⁶¹, de lo cual da cuenta la posibilidad de interponer tutela contra particulares.

Pues, aunque los Principios Rectores “no constituyen un nuevo tratado de derechos humanos”, ni crean “nuevos derechos o nuevas obligaciones”, sí “concretan en qué se traduce la obligación de protección del Estado y la obligación de respeto de los derechos que recae sobre todos los particulares”. En ese orden, encuentra que los denominados Principios Ruggie, “son una herramienta hermenéutica relevante” o un “criterio interpretativo para abordar el caso concreto, de conformidad con las normas que son vinculantes y la jurisprudencia de esta Corporación”⁶². De lo anterior, resaltó que

[...] las actividades empresariales no pueden estar desconectadas de la eficiente protección de derechos humanos. Si bien los particulares no tienen funciones propias de las autoridades estatales, sí tienen el deber de respetar los derechos y no causar daños y, en caso de que lo hagan, deben repararlos. La actividad empresarial no está aislada de la primacía de los derechos, máxime cuando las iniciativas privadas tienen un apoyo del Estado o son de su propiedad. Como lo exponen los Principios de Naciones Unidas, el Estado debe optar por la garantía de derechos desde todas sus facetas, como autoridad estatal o como partícipe en una empresa que tiene fines comerciales, sin importar el régimen que tenga. Debe ser un ejemplo en respeto de derechos⁶³.

Asimismo, desde los Principios Rectores subrayó el deber de deliberación, coordinación y diálogo entre las autoridades públicas, las empresas y las comunidades cuando existe una afectación a los derechos causada por la acción de las empresas que operan con el permiso y bajo la vigilancia de las autoridades

61 *Ibidem*. Fundamento jurídico 52.

62 *Ibidem*. Fundamento jurídico 52.

63 *Ibidem*. Fundamento jurídico 62.

públicas⁶⁴. Y con base en estos razonamientos, frente a la vulneración del derecho fundamental establecida, aparte de las obligaciones incumplidas y de las órdenes que impone al Estado, determina que, según los Principios Rectores, la empresa también tenía una responsabilidad directa por lo que le ordena adoptar medidas concretas destinadas a su reparación⁶⁵.

Es evidente que con los Principios Rectores la Corte encuentra una fuente normativa más sólida para asignar deberes de respeto de las empresas frente a los derechos humanos, con lo que se viene a completar el conjunto de garantías con que se deben proteger en su ejercicio y ante su violación.

4. DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y AFROCOLOMBIANAS

Aunque la jurisprudencia en torno de los derechos de las comunidades etno-culturalmente diferenciadas es extensa, los conceptos explorados apenas se han utilizado para el caso de vulneración del derecho a la consulta previa y del debido proceso.

4.1. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

Dos decisiones son a este respecto destacables: las sentencias T-129 de 2011 y la SU-123 de 2018.

64 “[...] se observa una falta de diálogo con las autoridades ambientales, municipales y con los afectados. Como lo señalan los Principios de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos, las empresas y las autoridades deben dialogar con las comunidades vulnerables y, además, ‘una empresa no puede, legítimamente, ser a la vez objeto de quejas y resolverlas unilateralmente, estos mecanismos deben tratar de alcanzar soluciones negociadas a través del diálogo’. Por lo tanto, la Sala nota la importancia de una actuación más coordinada de la autoridad ambiental con la empresa, las autoridades y la población”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-732 de 2016. Fundamento jurídico 64.

65 En efecto, estableció que Oleoducto Central S. A., “en el término de cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la comunicación”, se pusiera “en contacto con el actor, el municipio de Miraflores y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales”, para presentar “un plan de reparación o reubicación definitiva de la familia, en un lugar que cumpla con las condiciones de vivienda digna y en un espacio similar al que habitaban, con aquiescencia del actor”. Además la insta “a tomar medidas preventivas en relación con los posibles daños que pueda causar a viviendas que tienen la misma situación que la del accionante”. (Ver: *ibidem*. Resuelve, Tercero).

La consulta previa, los proyectos de infraestructura y la responsabilidad social empresarial

En la Sentencia T-129 de 2011, la Corte revisó la tutela interpuesta por indígenas pertenecientes a la etnia Embera Katío ubicadas al norte del Chocó, interpuesta en razón de: “(a) los trabajos correspondientes a la construcción de una carretera que atravesaría los resguardos; (b) el proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá; (c) y los trámites relativos a la concesión para explotación de oro”. Lo anterior en cuanto tales actividades, afectaban sus derechos fundamentales a la consulta previa, a la participación, a la propiedad colectiva y a la integridad étnica y cultural⁶⁶.

En sus consideraciones generales, la sentencia incluye diversas referencias en las que se subrayan no sólo las obligaciones del Estado, sino también los deberes constitucionales correlativos al ejercicio de los derechos, esta alusión sólo deriva en obligaciones para aquél quien es el encargado de asegurar su cumplimiento⁶⁷. Con todo, en la solución del caso concreto se aprecian en ella dos referencias a la responsabilidad social empresarial que conviene resaltar.

La una se produce con ocasión de la solicitud de la empresa encargada del proyecto de energía eléctrica (ISA) de que el tribunal tuviera en cuenta que la mayor parte de sus actividades estaban orientadas por la responsabilidad social empresarial⁶⁸, lo cual se acepta por la Corte para determinar que se abstendría “de efectuar orden alguna a las entidades implicadas en el proyecto de interconexión eléctrica”⁶⁹. Pero eso sí con la advertencia que plasma también en la resolutive de la sentencia, de que “en el evento de que el proyecto sea viable y si en el proceso de planificación se advierte la potencialidad de afectar a las comunidades étnicas accionantes de inmediato”, la empresa “gestione la participación por medio del proceso de consulta previa [...] con mayores

66 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-129 de 2011. Fundamento jurídico 2.1.

67 *Ibidem*. Fundamentos jurídicos 4, 5 y 6.

68 Dentro de las cuales estaban: i) el diseño de sus redes de transmisión de tal manera que invadieran lo menos posible los territorios indígenas, ii) haber consultado sus proyectos con las comunidades afectadas (grupos étnicos o no) y iii) haber modificado el diseño de redes de energía para evitar afectar territorios considerados como sagrados por algunos grupos étnicos. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-129 de 2011. Fundamento jurídico 9.5.2.

69 *Ibidem*. Fundamento jurídico 9.5.3.

prevenciones a las que ha tenido en el pasado en cuanto a la protección de comunidades”⁷⁰.

La segunda referencia se produjo luego de identificar el incumplimiento estatal de la obligación de procurar por la protección del ambiente sano con especial incidencia sobre las comunidades y su supervivencia y de anunciar las órdenes correspondientes, cuando precisa:

[...] que lo que está de por medio es el desarrollo sostenible y el crecimiento económico como un todo; por ello, el ejercicio de la actividad económica debe sujetarse a las normas ambientales expedidas con el objetivo de mantener un medio ambiente sano a través de un desarrollo económico razonable y con el control de las autoridades ambientales. De esta forma también se requiere el compromiso y la responsabilidad social de las empresas, para lo cual es importante aclarar que ser socialmente responsable no se traduce en cumplir únicamente las obligaciones jurídicas, sino que es deseable, dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, que la iniciativa privada vaya más allá del mero cumplimiento de la obligación legal, buscando la retribución al medio o entorno del cual deriva la riqueza económica, es decir, el desarrollo de las comunidades en que se trabaja y mitigar el impacto negativo en las mismas⁷¹.

Aunque esta significativa consideración no se concreta en orden alguna para la empresa, revela cómo la Corte va descubriendo el papel protagónico de las empresas en la realización o no de los derechos humanos de las personas y comunidades afectadas por su actividad. Y cómo la libertad que ejercen no sólo se delimita por las obligaciones dispuestas desde el principio de legalidad, sino además por el tipo de desarrollo económico que la Constitución establece como expresión de la naturaleza social y de derechos atribuida al Estado.

La consulta previa, la debida diligencia y la proporcionalidad de los Principios Rectores

La Sentencia de unificación SU-123 de 2018 revisa la tutela presentada por la Gobernación del Cabildo Indígena Awá La Cabaña contra las autoridades nacionales (el Ministerio del Interior y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales) y una empresa petrolera (Consortio Colombia Energy), al no

⁷⁰ *Ibidem*. Fundamento jurídico 9.5.3 y resolutive sexta.

⁷¹ *Ibidem*. Fundamento jurídico 9.7.6.

haberse realizado la consulta previa para autorizar la exploración y explotación de hidrocarburos que se adelantaba en su territorio.

Como ingrediente fáctico del caso se destaca el hecho de que la concesión petrolera se otorgó, entre otras, a partir de la certificación del Ministerio del Interior en la que se indicaba que en el área de influencia directa del proyecto no existía presencia de comunidades étnicas. Por ello la Corte fijó como problemas jurídicos por resolver, si una tal certificación eximía de la obligación de adelantar la consulta previa y de no ser este el caso y declararse vulnerado el derecho, cuál era el remedio judicial apropiado, “en particular teniendo en cuenta que el proyecto ya está iniciado [...]”⁷².

Para resolverlos, además de analizar las distintas facetas del derecho en cuestión, la Corte también desarrolla un apartado sobre “la debida diligencia de los particulares y en especial de las empresas frente al derecho a la consulta previa”⁷³, en el cual señaló:

Aunque la responsabilidad esencial frente a la consulta previa es del Estado, eso no implica que los particulares, y en particular las empresas, no tengan deberes frente a este derecho fundamental. Esta conclusión deriva no sólo del efecto frente a terceros que tienen los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional colombiano sino también en el reconocimiento por el derecho internacional de los derechos humanos de que las empresas tienen ciertas obligaciones frente a los derechos humanos, que no son equivalentes a las de los Estados pero que distan de ser menores e irrelevantes⁷⁴.

A partir de aquí, precisa el alcance del estándar de la debida diligencia, que fundamenta en diversas fuentes del Derecho Internacional. Son ellas, los Principios Rectores, en particular, el Principio 17 sobre “la debida diligencia en materia de derechos humanos”, que deben tener las empresas en esa materia, “a fin de identificar, prevenir, mitigar y responder a las consecuencias negativas de sus actividades”⁷⁵. Además, la sentencia de la Corte IDH del caso Pueblos Kaliña Lokono (2015) en la que tuvo en cuenta lo previsto en los Principios Rectores⁷⁶.

72 *Ibidem*. Fundamento jurídico 4.1.

73 *Ibidem*. Fundamento jurídico 13.

74 *Ibidem*. Fundamento jurídico 13.1.

75 *Ibidem*. Fundamento jurídico 13.2.

76 *Ibidem*. Fundamento jurídico 13.2.

También incluye la Observación General número 24 del Comité DESC de Naciones Unidas sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, en la que igualmente se contempla la debida diligencia con base en el cual las empresas “deberán celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de las instituciones representativas de los pueblos indígenas [...]”, a los efectos de “permitir la identificación de los posibles efectos negativos de las actividades y de las medidas a fin de mitigarlos y contrarrestarlos” y “propiciar la creación de mecanismos de participación en los beneficios derivados de las actividades”⁷⁷. Y los informes de 2010 y 2014 del Relator Especial para los derechos humanos y las libertades de los pueblos indígenas, en los cuales se precisa que a más los deberes generales, se configura el estándar mínimo de debida diligencia, en el reconocimiento, sobre las tierras, territorios y recursos naturales, y en consultar⁷⁸.

Estos, conforme su jurisprudencia⁷⁹, sirven a la Corte como “referentes razonables para valorar la actuación de las empresas en relación con el deber de desarrollar la consulta previa”, “como criterio hermenéutico relevante para establecer el alcance de la protección de los derechos fundamentales”⁸⁰. Y también como parámetro para “adecuar las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares a los principios constitucionales de buena fe (artículo 83 C. P.) y confianza legítima, pues otorgan estabilidad a los actores involucrados en relación con los lineamientos y criterios que deben seguir para cumplir con los mandatos de la consulta previa”⁸¹.

Con base en el estándar señalado, la Corte examina entonces si se vulneró el derecho a la consulta previa por parte de la empresa, no sin antes precisar que la definición de la debida diligencia debe ser valorada “teniendo en cuenta los valores constitucionales en tensión”, conforme al principio de proporcionalidad. Esto permite, por lo demás, “encauzar la discrecionalidad del juez a la hora de asignar los remedios eficaces para proteger el derecho a la consulta previa”⁸².

77 *Ibidem*. Fundamento jurídico 13.2.

78 *Ibidem*. Fundamento jurídico 13.5.

79 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-715 de 2012 y C-327 de 2016.

80 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-123 de 2018. Fundamento jurídico 13.6.

81 *Ibidem*. Fundamento jurídico 13.9.

82 *Ibidem*. Fundamento jurídico 13.7.

Así pues, en el estudio del caso concreto, se determina que la empresa no había cumplido con “los parámetros de debida diligencia que le correspondían”⁸³ y que con tal incumplimiento vulneró “los contenidos esenciales del derecho fundamental a la consulta previa” y además puso “en tela de juicio la buena fe con que deben actuar las compañías explotadoras dedicadas a la actividad minero-extractiva”⁸⁴. Más en aplicación del principio de proporcionalidad que debe servir para la definición del remedio judicial, no ordena en principio la suspensión de la exploración petrolera, como quiera que no era del interés de los tutelantes, ni era evidente que la misma fuera necesaria para restaurar los derechos vulnerados⁸⁵.

Conviene finalmente subrayar que, frente al empleo del estándar de la debida diligencia como “parámetro para establecer la vulneración del derecho a la consulta previa y para determinar el remedio judicial correspondiente”⁸⁶, en la aclaración de voto del magistrado Carlos Bernal Pulido se advirtió: i) Que este “necesariamente debe considerar que la gestión de las empresas se encuentra condicionada por el marco normativo que regula e impone los trámites a seguir en estos casos, y limitada por la capacidad institucional de las entidades públicas encargadas de adelantar los procedimientos correspondientes. Y ii) que la “valoración de estas restricciones es necesaria para no incurrir en exigencias desproporcionadas y evitar la incertidumbre jurídica que tal situación podría generar”⁸⁷. Con ello, no cuestionó el fundamento normativo del estándar, pero sí los límites a que se somete su aplicación, en cuanto se enfrenta con el principio de legalidad, de seguridad jurídica y por tanto con el principio *pro libertate* que amparan a la empresa.

Aunque podría cuestionarse el hecho de que la responsabilidad de la empresa que se declara por incumplimiento del estándar de debida diligencia no genera órdenes concretas sobre ella, esta sentencia tiene la virtualidad de establecer la fundamentación que desde el bloque de constitucionalidad poseen los Principios Rectores, en particular el de la debida diligencia, que sin duda se yergue como la columna vertebral que estructura la responsabilidad de las empresas frente a los derechos humanos.

83 *Ibidem*. Fundamentos jurídicos 23.1-23.5.

84 *Ibidem*. Fundamento jurídico 23.6.

85 *Ibidem*. Fundamento jurídico 25.6.

86 *Ibidem*. Aclaración de voto del magistrado Carlos Bernal Pulido.

87 *Ibidem*.

4.2. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y LOS PRINCIPIOS RECTORES

La Sentencia T-011 de 2019 revisó la tutela instaurada por la comunidad indígena Mokaná del resguardo Colonial de Tubará contra la Agencia Nacional de Tierras, otras autoridades públicas y los proyectos empresariales que se adelantan sobre el territorio que habitan. Lo anterior, por considerar vulnerado el derecho fundamental al debido proceso, con ocasión del despojo de “las tierras que tradicionalmente han ocupado durante varios años, como consecuencia de sentencias judiciales, a través de las cuales se han otorgado títulos de propiedad sobre aquellos terrenos, que presuntamente pertenecen a su resguardo”⁸⁸.

Al estudiar el asunto, la Corte encontró que la queja constitucional formulada planteaba no solo problemas jurídicos con relación al debido proceso sino también respecto del derecho a la consulta previa. Así pues, con relación al derecho a la consulta previa, la Corte retomó lo establecido en la sentencia SU-123 de 2018, incluido lo señalado en ella con relación a la eventual responsabilidad de las empresas frente a la consulta previa, basada en los Principios Ruggie y en el deber de la debida diligencia en materia de derechos humanos. Sin embargo, al momento de pronunciarse sobre el fondo del asunto, la Corte no hace uso de tales fundamentos, en cuanto su análisis se concentra en la necesidad de proteger el derecho al debido proceso administrativo, desde la clarificación de la propiedad y en las obligaciones del Estado frente a la consulta previa.

Respecto al derecho al debido proceso, el tribunal encuentra que en efecto las autoridades encargadas habían sido negligentes en adelantar los trámites necesarios dentro del proceso de clarificación iniciado por el resguardo. Esta tarea, empero, al exceder la competencia de la Corte, determina como orden principal de la sentencia que la entidad competente lo tramite dentro de un cierto término. Solo entonces se podrá dilucidar la legalidad o no de las “sentencias judiciales, a través de las cuales se han otorgado títulos de propiedad sobre aquellos terrenos que presuntamente pertenecen a su resguardo”⁸⁹.

Por lo demás, con relación a las obras y actividades que se adelantan sobre el territorio, el juez constitucional igualmente determina que se vulneró la

88 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-011 de 2019. Fundamento jurídico 7.b.

89 *Ibidem*. Fundamento jurídico 20.

consulta previa, al establecer que las autoridades competentes al autorizarlas, “no verificaron la presencia de grupos étnicos en la zona a construir”⁹⁰ y que además dichos proyectos generaban una afectación directa sobre la comunidad.

No obstante, como se ha dicho, las órdenes que se adoptaron se dirigieron hacia las autoridades públicas con competencia, sin que se dispusiera de hacer o no hacer ninguno por parte de las empresas involucradas en los proyectos en ejecución dentro del territorio reclamado. Y al contrario, producto de la decisión de proteger el derecho al debido proceso desde la clarificación de la propiedad, no se atendieron las peticiones de protección de los demandantes y, en ese tanto, mientras dicho proceso se adelanta, se mantienen los efectos de las sentencias de los jueces civiles que habían declarado la prescripción extraordinaria de dominio sobre terrenos que hacen parte del territorio del resguardo, así como el desarrollo de todas las obras que se estaban adelantando dentro de él.

Con ello, lo que se hace manifiesto es que o bien no se siguió el precedente de la sentencia SU-123 de 2018, o bien se sinceró su significado con relación a la responsabilidad de las empresas frente a los derechos humanos, en el sentido de que su reconocimiento es meramente programático, sin capacidad para generar deberes exigibles, que puedan por lo demás, afectar los derechos e intereses de aquellas, así se hallan consolidado a partir de actos u omisiones administrativas violatorias de derechos fundamentales.

5. EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: TRECE REGLAS CONSTITUCIONALES

De la jurisprudencia presentada se pueden reconocer trece reglas constitucionales sobre la relación entre las empresas y los derechos humanos. Aunque se puede objetar que la mayor parte de la jurisprudencia sobre la responsabilidad social empresarial y los Principios Ruggie se ha construido a partir de casos sobre minería, es importante reconocer que el tribunal desarrolló y confirió eficacia práctica tanto a la responsabilidad social empresarial como a los Principios Ruggie. Por esa razón, a partir de la jurisprudencia constitucional reseñada se pueden señalar estas reglas.

⁹⁰ *Ibidem*. Fundamento jurídico 27.

La primera es la regla de *conurrencia*. Esta regla indica que la responsabilidad social empresarial contiene elementos centrales que coinciden (concurren) con los principios y reglas de la configuración constitucional del Estado Social de Derecho. Eso significa que, a pesar de que la responsabilidad social empresarial suele ser el resultado de iniciativas voluntarias por parte de las empresas, esta también contiene elementos que son definitorios en el comportamiento que deben tener los actores económicos dentro de un Estado social de derecho.

En segundo lugar, se infiere la regla de la *concreción de los deberes constitucionales*. Según esta regla, la relación entre la empresa y los derechos humanos se construye a partir de la introducción de los deberes constitucionales, pues más allá de la ley, el ejercicio de las libertades económicas está delineado por los otros bienes constitucionales con que se articula. En concreto, la responsabilidad social empresarial implica prácticas que son concreción de deberes constitucionales propios de los actores con posibilidad de influir en el desarrollo en concreto de derechos fundamentales.

En tercer lugar, la regla de *conexidad*. Bajo este parámetro, la responsabilidad social empresarial implica prácticas que tienen íntima conexión con la actividad productiva que despliega cada empresa, con los grupos de interés con que se involucra el actor privado y con los principios axiales del Estado social (*i. e.*, la solidaridad).

En cuarto lugar, se puede colegir la regla de *complementariedad*. Bajo esta regla se indica que la responsabilidad social empresarial complementa los principios, deberes y obligaciones constitucionales relacionados con la protección de los derechos humanos y la construcción del Estado Social de Derecho. De manera que la responsabilidad social empresarial no es igual al Estado de Derecho, al sometimiento a la ley o al respeto por los deberes legales o constitucionales por parte de las empresas. Mucho más allá, la responsabilidad social empresarial complementa esas obligaciones básicas generales que se derivan de la simple actuación en sociedad para avanzar hacia un plus que pretende retribuir, mejorar o proteger a las comunidades impactadas por la acción empresarial y a toda la sociedad.

En quinto lugar, se infiere la regla de la *eficacia constitucional*. Como consecuencia de las primeras cuatro reglas surge esta quinta regla, según la cual, los elementos de la responsabilidad social empresarial que, con base en las fuentes de derecho internacional *soft law* o pactos empresariales, son *ab initio* voluntarios, adquieren eficacia y fuerza vinculante con base en la fuente constitucional.

En sexto lugar, la regla de la *integración de los derechos fundamentales*. Según esta regla, el hecho de que una actividad sea fruto de la ejecución de un

programa de responsabilidad social empresarial no obsta para que la misma involucre la concreción de los derechos fundamentales. Cuando un plan o programa de la responsabilidad social empresarial no involucre el contenido de los derechos fundamentales, estos se deben entender integrados implícitamente en el diseño y ejecución de cada plan o programa.

En séptimo lugar, la regla del respeto a los *límites constitucionales*. Según esta regla, el hecho de que una actividad sea fruto de la ejecución de un programa de responsabilidad social empresarial no obsta para que la misma deba respetar los límites de índole constitucional.

En octavo lugar, la regla de *participación*. Según esta regla, la responsabilidad social empresarial tiene como actores principales a las empresas. Sin embargo, es dable ampliar el compromiso social a *stakeholders* –en terminología de las Naciones Unidas– como la sociedad civilmente organizada, el Estado, los sindicatos, las organizaciones con interés social, ONG y organizaciones comunitarias, entre otros.

En noveno lugar, la regla de *apertura* que indica que la responsabilidad social empresarial no se agota en este tipo de programas. Es decir, se ejerce la responsabilidad social empresarial de manera transversal en toda la actividad de los actores privados.

En décimo lugar, se concibe la responsabilidad social empresarial como un mecanismo que pretende establecer que la empresa no solo tiene como base teleológica la obtención del lucro, sino que este objetivo debe ser complementado con la contribución esencial y definitiva de las empresas a la plena protección de los derechos humanos. Eso implica que el individuo mismo es el pilar fundamental tanto de las relaciones sociales como de aquellas que se desarrollan dentro del marco empresarial. Por esa razón, en la responsabilidad social empresarial también opera el principio *pro persona* de interpretación de los planes y programas en que esta es diseñada e implementada.

La regla número once también es de tipo *interpretativo* y se refiere a que la responsabilidad social empresarial y los Principios Ruggie son un criterio relevante de interpretación de todas las normas aplicables a un caso concreto que se encuentra dentro de la agenda de la Corte Constitucional cuando tal caso involucra la vulneración de derechos humanos por parte de las empresas.

En duodécimo lugar, la *regla de coordinación* impone que las autoridades, las empresas y las comunidades creen mecanismos de coordinación, deliberación y diálogo para la aplicación de los Principios Ruggie a casos concretos que involucran la vulneración de derechos humanos por parte de las empresas.

Finalmente, la regla del *pragmatismo*. Según este parámetro, los Principios Ruggie ya plantean dentro de sus consideraciones la importancia de remediar los derechos humanos cuando estos se encuentren en riesgo o se hayan violado. Por lo cual, en el ámbito jurisprudencial, la Corte denota una importante regla y es el rol del juez constitucional en la construcción pragmática de estos mecanismos con miras a una reparación y a una actuación eficaz ante la vulneración de los derechos humanos por parte de las empresas.

TABLA I. REGLAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA SOBRE LA APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

	Regla	Concepto	Sentencia(s) en las que se encuentra
1	Concurrencia	Elementos de la RSE coinciden con elementos del Estado Social de Derecho	T-247 de 2010 C-608 de 2010
2	Concreción de los deberes constitucionales	La RSE concreta obligaciones generales de fuente constitucional	T-871 de 2014 C-150 de 2015 T-732 de 2016 C-077 de 2017 T-340 de 2017
3	Conexidad	Elementos de la RSE tienen fuerte conexión con elementos constitucionales del Estado Social de Derecho	T-247 de 2010 C-608 de 2010 C-915 de 2010
4	Complementariedad	Contenidos de la RSE complementan deberes constitucionales	T-247 de 2010 T-871 de 2014 T-061 de 2017 T-340 de 2017
5	Eficacia constitucional	Elementos de la RSE adquieren fuerza vinculante por mandato constitucional	C-608 de 2010 T-871 de 2014
6	Integración de los derechos fundamentales	Todo programa de RSE integra (implícitamente) los derechos fundamentales	T-247 de 2010 T-061 de 2017 SU-095 de 2018
7	Respeto a los límites constitucionales	Los programas de RSE no pueden causar o excusar la violación de derechos o deberes constitucionales	T-247 de 2010 T-061 de 2017
8	Participación	La construcción de la RSE debe ampliar la deliberación a la sociedad civil	C-150 de 2015 C-389 de 2016 T-732 de 2016 SU-095 de 2018 SU-123 de 2018 T-011 de 2019

	Regla	Concepto	Sentencia(s) en las que se encuentra
9	Apertura	La RSE es transversal y no se agota en los programas de RSE. Toda la actividad empresarial debe ser social	T-129 de 2011
10	Interpretación <i>pro persona</i>	La protección del individuo es el objetivo de la RSE	SU-123 de 2018
11	Interpretación basada en la RSE y los PR	La RSE y los PR son criterios de interpretación del ordenamiento jurídico	T-871 de 2014 T-732 de 2016
12	Coordinación	Autoridades, empresas y ciudadanos deben coordinar la aplicación de los PR	C-389 de 2016 T-732 de 2016
13	Pragmatismo	Se prefiere la acción más eficaz para proteger derechos	T-871 de 2014

De esa manera, y con este conjunto de trece reglas, se fortalece la protección y las garantías de los derechos humanos en su relación con las empresas creando un apego pragmático a las soluciones dinámicas y a las prácticas que tengan repercusión en la situación fáctica que se deriva del caso concreto estudiado. La tabla previa pone en relación cada una de estas reglas con la jurisprudencia constitucional descrita y analizada en las secciones anteriores.

6. CONCLUSIONES SOBRE LA NECESIDAD DE UNA JUSTICIA CONSTITUCIONAL FUERTE Y DIALÓGICA PARA AVANZAR EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE A LA ACCIÓN DE LAS EMPRESAS

En el final de nuestro trabajo, es necesario concluir que la justicia constitucional se presenta ante nosotros como un mecanismo institucional necesario e idóneo pero modesto para avanzar en la protección de los derechos humanos por parte de las empresas. Eso es especialmente cierto cuando existe un diseño de la justicia constitucional que combina los mecanismos fuertes de justiciabilidad de los derechos (*strong judicial review*) y, además, la judicatura adopta una postura dialógica respecto de los demás poderes del Estado y las instancias internacionales pertinentes (*weak constitutionalism*).

El Principio Rector 26 se refiere a la existencia de mecanismos judiciales estatales. La tesis de este artículo es que, en relación con la justicia constitucional, la aplicación judicial de los principios exige un diseño de la justicia

constitucional del tipo fuerte de manera que la judicatura constitucional tenga la capacidad de establecer medidas concretas de protección de los derechos humanos que sean eficaces para proteger a las comunidades y para dotar de eficacia concreta a las normas constitucionales, internacionales y a los Principios Rectores relevantes en cada caso.

En buena medida eso es lo que ha ocurrido en Colombia y lo que permite que se hayan establecido las trece reglas mencionadas. Detrás de esas reglas hay casos dramáticos de vulneración a los derechos humanos de comunidades que habitan un Estado que ha adoptado un modelo de extractivismo salvaje que solo ha podido ser moderado por la acción de los jueces constitucionales y, muy especialmente, de la Corte Constitucional.

Dentro de ese diseño, es importante que los mecanismos de acceso a la justicia constitucional sean accesibles tanto en las vías de tutela o amparo como en las vías de control de constitucionalidad. Eso implica que el ciudadano tiene abiertas las puertas de los tribunales y que la ciudadanía, además de la movilización política y social, actúa como motor del litigio en materia de derechos humanos y empresas. Por eso es por lo que, de acuerdo con los Principios Rectores, los Estados “deben asegurarse de no levantar barreras que impidan llevar casos legítimos ante los tribunales, especialmente cuando la vía judicial resulte esencial para la obtención de reparación o no haya otras vías alternativas de reparación”.

Ahora bien, al mismo tiempo que se trata de una justicia constitucional fuerte, esta también debe ser dialógica y deliberativa. Dialógica con las demás autoridades del Estado (regla de coordinación) y con las instancias internacionales que avanzan en la protección de los derechos humanos frente a la acción de las empresas.

Por ejemplo, un diálogo crítico y constructivo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos que incluya la OC-22 de 2016 sobre titularidad de derechos por parte de las personas jurídicas⁹¹, la OC-23 de 2017 sobre derechos humanos y medio ambiente⁹² y con el caso Pueblos Káliča y Lokono *vs.* Surinam

91 Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A n.º 22, párrs. 70, 71 y 120.

92 Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad

de 2015^[93]. Además, que aplique la Resolución de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) AG/RES. 2840 (XLIV-O/14) sobre la promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial. Finalmente, debe ser dialógica con la ciudadanía y los movimientos de la sociedad civil a nivel nacional y transnacional para que se puedan desarrollar:

Estrategias consolidadas como denunciar en público a los Estados recalcitrantes para estimular su cumplimiento de los derechos humanos son ahora complementadas con nuevas medidas de activismo transnacional que involucran un gran número de actores y objetivos, como los movimientos sociales, los grandes grupos de comunicación, las empresas multinacionales, organizaciones intergubernamentales, universidades y redes activistas virtuales⁹⁴.

Mientras no exista un tratado internacional vinculante sobre la materia, lo cual, de momento, parece lejano por varias razones⁹⁵ y tampoco garantiza la superación de todos los complejos problemas de protección de los derechos humanos que involucra la acción de las empresas, es necesario que la justicia constitucional avance en la eficacia de los instrumentos constitucionales, internacionales y empresariales con base en los fundamentos constitucionales de la libertad de empresa, sus límites y los deberes de estos actores en la protección de los individuos y de los pilares fundamentales de la sociedad.

personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A n.º 23, párrs. 151-155 y 160.

93 Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C n.º 309, párrs. 223-226.

94 RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR (ed.). *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018, p. 280.

95 “Las propuestas centradas en un tratado vinculante, por ejemplo, podrían deberse en parte a la frustración ante la falta de eficacia de los estándares voluntarios, a la necesidad de reforzar el contenido expresivo y los efectos de las normas internacionales, a la inercia de las doctrinas y los enfoques jurídicos tradicionales, a incomprensiones conceptuales o a una combinación de todas las anteriores”. RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR (ed.). *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018, p. 272.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO MONROY, MARÍA PAULA. Empresas y Derechos Humanos: una responsabilidad en construcción, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 43, n.º 118, 2013.
- BILBA, JUAN MARÍA. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- CLAPHAM, ANDREW. *Human Rights Obligations of Non State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas - Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los Derechos Humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”. Resolución 17/4, de 16 de junio de 2011, A/HRC/17/31.
- DE VEGA GARCÍA, PEDRO. *La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales: la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte*, 2003.
- ECHEVERRI URUBURU, ÁLVARO. Neoliberalismo y derechos humanos, *Revista Iusta*, 2006.
- GALÁN, JUAN RUIZ. Búsqueda de consensos sobre empresas y Derechos Humanos: hacia un instrumento internacional vinculante, *American University Law Review*, vol. 32, n.º 4, 2017.
- GARCÍA HERRERA, MIGUEL ÁNGEL. Poder judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional. En: PERFECTO IBÁÑEZ, ANDRÉS (ed.), *Corrupción y Estado de derecho*, Madrid, Trotta, 1996.
- GOS, TATIANA. La “responsabilidad de respetar” los derechos humanos y el establecimiento del deber de debida diligencia como una obligación legal para las industrias extractivas: desafíos y oportunidades en las Américas, *American University International Law Review*, vol. 32, n.º 4, 2017.
- JULIO ESTRADA, ALEXEI. *La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- MÁIZ, RAMÓN. Deliberación e inclusión en la democracia republicana, *Reis. Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 113, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, España, 2006, pp. 11-47.

Oficina Internacional del Trabajo. Consejo de Administración. Iniciativa InFocus sobre responsabilidad social de la empresa. 295.^a reunión, Ginebra, marzo de 2006.

Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar. Resolución 17/4 del 16 de junio de 2011.

PETKOSKI, DJORDJIJA y TWISE, NIGEL (eds.). *Public Policy for Corporate Social Responsibility*. World Bank Institute. Series on Corporate Responsibility, accountability and sustainable competitiveness. July 7-25, 2003 (consultado: 25 de abril de 2019). Disponible en <<http://web.worldbank.org/archive/website01006/WEB/IMAGES/PUBLICPO.PDF>>

RODRÍGUEZ, CÉSAR (ed.). *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018.

WINKLER, ADAM. *We the Corporations: How American Businesses Won Their Civil Rights*, Liveright Publishing, 2018.

ZUBIZARRETA, JUAN. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa, de la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*, 2009.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-011 de 2019.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-123 de 2018.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-340 de 2017.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-061 de 2017.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-077 de 2017.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-389 de 2016.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-327 de 2016.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-732 de 2016.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-150 de 2015.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-095 de 2015.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-781 de 2014.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-715 de 2012.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-129 de 2011.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-608 de 2010.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-915 de 2010.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-247 de 2010.

Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono *vs.* Surinam. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C n.º 309, párrs. 223-226.

Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A n.º 22, párrs. 70, 71 y 120.

Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A n.º 23, párrs. 151-155 y 160.

SEGUNDA PARTE
LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LA PRÁCTICA.
ALGUNOS EJEMPLOS DE SUS DIFICULTADES

JUAN FRANCISCO DíEZ SPELZ*

LUIS BUSTOS NIÑO**

CAPÍTULO 6

*Derechos Humanos y su influencia
en el ámbito empresarial*

RESUMEN

El presente escrito pretende desarrollar el tema de los derechos humanos en el contexto empresarial. Con dicho objetivo en mente, el texto se divide en dos partes. En la primera se abordan, en primer lugar y de manea teórica, distintas formas de entender la actividad empresarial con la finalidad de proponer soluciones a la regulación de los derechos humanos y las empresas. Posteriormente, se esgrimen argumentos para justificar el que las empresas están dotadas de obligaciones en la materia. Por último, se reflexiona en torno a las implicaciones que una responsabilidad en materia de derechos humanos tiene para la actividad empresarial.

En la segunda parte se estudian las diferencias entre la responsabilidad empresarial en derechos humanos (REDH) y la responsabilidad social empresarial (RSE). Se admite que estas pueden desarrollarse de manera paralela y complementaria. Además, se presentan algunos ejemplos de proyectos donde confluyen los esfuerzos de varios actores públicos, privados y de la sociedad civil dirigidos a darle visibilidad y aumentar la REDH. Se entienden como incipientes procesos de internalización y comprensión de las exigencias de los derechos humanos en el ámbito empresarial.

Palabras clave: política de la empresa, moralidad de la vida económica, vida de la empresa, Carta de Derechos Humanos, organizaciones no gubernamentales, condiciones y organización del trabajo.

* Licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana, campus Ciudad de México, y maestro en Ciencias Jurídicas por la misma universidad. Maestro en Teoría y Práctica de los Derechos Humanos por la Universidad de Essex, Reino Unido, donde participó en el Proyecto de Empresa y Derechos Humanos. Cuenta con un diplomado en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Oxford. Profesor-investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, campus Ciudad de México. Correo electrónico: <jfdiez@up.edu.mx>

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Público, Ciencia y Sociología Política, título otorgado por la Universidad Externado de Colombia en convenio con la Universidad de Milán y la Universidad Complutense de Madrid. LL.M. (magíster) en Mineral Law and Policy de la Universidad de Dundee, Escocia. Actualmente es candidato doctoral en Derecho por la Universidad Panamericana, campus Ciudad de México. Miembro del Grupo de Investigaciones en Regulación de Mercados Energéticos (IRE), Universidad Externado, Colombia. Docente-investigador del Departamento de Derecho Minero Energético de la misma universidad. Correo: <luis.bustos@uexternado.edu.co>

HUMAN RIGHTS AND ITS INFLUENCE ON BUSINESS ENVIRONMENT

ABSTRACT

This paper aims to develop the theme: human rights in the business context. With that goal in mind, the text is divided into two parts. In its first part different ways of theoretically understand business activity are addressed in order to offer solutions for the regulation of human rights and business. Subsequently, arguments are presented in order to justify that companies have human rights' obligations. Finally, we examine the implications of the recognition of human rights' responsibility in the business field.

The second part studies the differences between Corporate Responsibility for Human Rights and Corporate Social Responsibility. Admitting that these can be developed in a parallel and complementary way. In addition, it presents some examples of projects where the efforts of various public, private and civil society actors come together to give visibility and increase Corporate Responsibility of Human Rights. Understanding them as incipient processes of internalization and assimilation of human rights' demands in the business world.

Key words: Business policy, business morals, business activity; Charter on Human Rights; non-governmental organisations; organisation of work and working conditions.

INTRODUCCIÓN

La influencia que los derechos humanos tienen en la actividad empresarial es aún incierta. Sin duda, la introducción de criterios como los Principios Rectores de Naciones Unidas para derechos humanos y empresas del año 2011 es reflejo de los esfuerzos internacionales realizados para definir las obligaciones que tienen las empresas en coordinación con los Estados para proteger, respetar y remediar violaciones a derechos humanos. Lo mismo las negociaciones que actualmente se llevan a cabo para la formulación de un tratado internacional vinculante que defina estas obligaciones, ante la constatación de que la actividad empresarial puede ser un factor de violación de estos derechos.

Ante este panorama, en el presente trabajo nos proponemos ir unos pasos antes de estos esfuerzos, a fin de reflexionar en torno a los fundamentos de la relación entre los derechos humanos y la actividad de las empresas, así como para presentar a manera de ejemplo distintos esfuerzos y proyectos que

se han desarrollado en el ámbito práctico para instaurar mejores prácticas en las empresas, tendientes a una mejor observancia de los derechos humanos. Sostenemos que los elementos que se pueden desprender de una reflexión en torno a la razón de ser de la vinculación de ambos temas son necesarios para generar regulación que actualice las exigencias de los derechos humanos, en coordinación con la naturaleza de la actividad empresarial.

En este sentido, en la primera parte del trabajo se reflexiona acerca de la naturaleza de la actividad empresarial, comprendiéndola como actividad humana que, dependiendo de sus intenciones, efectos y consecuencias, puede estar más o menos alta de moral, o con un mayor o menor nivel de respeto a derechos de otros. Desde este punto de partida, se reconoce que un aspecto fundamental para el análisis de la relación entre los derechos humanos y las empresas es el de estudiar los intereses a los que puede responder la actividad de las empresas, como aquellos de otras personas o terceros que pueden verse afectados por la misma, específicamente cuando hacen referencia a intereses derivados de su humanidad, con el fin de lograr equilibrios en las soluciones a conflictos que se presenten. Los intereses empresariales no son puramente económicos, por lo que debe tomarse en cuenta este aspecto para poder realizar la ponderación con aquellos derivados de los derechos humanos, desde una perspectiva de los terceros interesados —o *stakeholder perspective*—.

Para la realización de estas tareas es indispensable también justificar el que las empresas estén obligadas a respetar derechos humanos. Es por ello que la segunda sección de la primera parte aborda esta labor, tomando en cuenta los retos que aún están pendientes para su implementación, ya sea a través de normas externas vinculantes o de procesos de autorregulación y establecimiento de objetivos. Estando conscientes de los problemas que conlleva esta no vinculatoriedad en la generación de regulación, en la tercera sección de la segunda parte se propone que la influencia que los derechos humanos debe tener en la actividad empresarial debe lograrse en primer término por procesos de internalización de los mismos, y no únicamente a través de normas coercitivas, con el objetivo de generar esfuerzos que permitan concebir a estos derechos no como prácticas colaterales, sino adquiriendo un carácter central en el desarrollo de la actividad empresarial.

De este modo, en la segunda parte del texto, al contrastar los efectos tanto de la RSE como de la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos, se describen distintos proyectos tendientes a generar mejores prácticas empresariales, incluyendo una perspectiva de derechos humanos, tanto en el ámbito laboral como de trabajadores migrantes, capacitación en la materia, inclusión

de los Principios Rectores de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), entre otros. Estos casos sirven para ejemplificar las reflexiones contenidas en la primera parte, pues aportan elementos prácticos que pueden ser de utilidad para la generación de regulaciones tendientes a proteger, respetar, garantizar estos derechos, así como para remediar posibles violaciones a los mismos.

Así pues, los derechos humanos deben ser entendidos como elementos críticos que permiten analizar y calificar la actividad empresarial como actividad humana, y que influyen en esta, pero como puertas de entrada o puntos de partida para desarrollar mejores prácticas, con efectos positivos en las distintas personas que están involucradas, sean accionistas o grupos o individuos relacionados con la misma, pero también con problemas y conflictos entre los imperativos comerciales de la empresa y estos derechos. Esto supone un gran reto intelectual, del cual estamos conscientes, ya que la solución no es sencilla, y la generación de regulaciones es solo un paso para lograr consensos e influir tanto en acciones concretas de compañías como en el establecimiento de criterios generales. A continuación presentamos nuestras reflexiones al respecto, sabedores del reto futuro para el desarrollo de los mismos.

I. REFLEXIONES EN TORNO A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL. LOS “INTERESES” DE LA EMPRESA

Definir la actividad que realizan las empresas, sobre todo en el caso en el que se quiera contrastarla con las exigencias que presentan los derechos humanos, puede resultar una tarea complicada, pero a la vez necesaria para reflexionar en torno a la relación entre las dos realidades. De hecho, la forma en la cual se comprenda la actividad empresarial será definitoria para la inclusión de los derechos humanos en el marco de sus actividades. Es por esto que en el presente apartado se abordarán de manera teórica distintas formas de entender la actividad empresarial, con el fin de proponer soluciones a la regulación de los derechos humanos y las empresas.

Para ello, es necesario reconocer también que el contexto en el que se realizará el análisis tiene que ver con el contraste, por un lado, entre los intereses o imperativos comerciales de las empresas, y el de los derechos humanos, por el otro. Al fin y al cabo, el desarrollo y futura regulación de ambos debe partir de encontrar soluciones a los aparentes conflictos de las exigencias que cada uno de los ámbitos reclama para sí y de esta manera reflexionar en torno a por qué los derechos humanos no deben considerarse como aspectos meramente colaterales al desarrollo de la actividad empresarial, así como en torno a las

diferentes soluciones a los mismos, por medio de la responsabilidad social corporativa, la ética empresarial o la responsabilidad en materia de derechos humanos.

De esta forma, una empresa puede entenderse como una entidad colectiva que posee una personalidad separada de la de sus miembros¹, con el fin de limitar la responsabilidad de los accionistas o *shareholders* hasta el monto de sus contribuciones². Una empresa o compañía, como una unidad legal independiente, posee derechos, obligaciones y responsabilidades distintos a los de sus miembros³, provenientes de leyes que les otorgan la posibilidad de actuar como “personas” en el mundo jurídico⁴. Sin embargo, esta forma de comprender a la empresa debe considerarse en su dimensión histórica, pues, aunque la corporación moderna es una idea del siglo XVI, el concepto de la “responsabilidad limitada” se introdujo hasta el siglo XIX⁵.

No se puede obviar en este punto que existen diferentes formas de comprender la naturaleza de una empresa como persona jurídica, tales como la teoría legal, que comprende a la misma como una concesión por parte de la ley, o como una ficción o agregado de individuos⁶, o como entidades reales,⁷ o incluso como “nexo de contratos”⁸ entre distintos agentes interesados o accionistas. Sin embargo, cualquier esfuerzo por explicar lo que una empresa es, y de ahí poder comprender los efectos de su actividad, es en sí mismo limitado. De acuerdo con Alexis Dyschkant, la empresa no puede ser únicamente una

1 FELDMAN, DAVID y MEISEL, DAVID. *Corporate and Commercial Law: Modern Developments*, Londres, Lloyd’s of London Press, 1996, p. 16.

2 EASTERBROOK, FRANK H. y FISCHER, DANIEL R. *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1991, p. 40.

3 TALBOT, LORRAINE. *Critical Company Law*, Routledge-Cavendish, 2008, p. 23.

4 HINKLEY, ROBERT. Developing corporate conscience. En: REES, STUART y WRIGHT, SHELLEY. *Human Rights, Corporate Responsibility*, Annandale, Pluto Press, 2000, p. 287.

5 WERHANE, PATRICIA. Corporate Moral Agency and the Responsibility to Respect Human Rights in the UN Guiding Principles: Do Corporations Have Moral Rights?, *Business and Human Rights Journal*, vol. 1, 2015, p. 10.

6 *Ibidem*, p. 14.

7 FRENCH, PETER. “The Corporation as a Moral Person”, *American Philosophical Quarterly*, vol. 16, n.º 3, julio, 1979, p. 215.

8 La teoría de la empresa como “nexo de contratos” la entiende como un vehículo para facilitar la celebración de contratos entre diferentes partes con el fin de proteger determinados intereses que tendrán que ser definidos. FELDMAN, DAVID y MEISEL, FRANK (eds.), *Corporate...*, cit., pp. 123-125.

ficción legal útil para atender a intereses humanos, sino que una explicación de su mera existencia depende de realizar una analogía con el razonamiento humano⁹. Es decir, podemos sugerir, junto con este autor, que el actuar de la empresa es asimilable al actuar humano.

En este sentido, Adela Cortina está de acuerdo con la afirmación de que la actividad empresarial es actividad humana, lo cual implica que puede estar más o menos alta de moral, es decir, que se configura a través de un *ethos* empresarial con hábitos y carácter que lo pueden llevar a adoptar decisiones más o menos justas y buenas¹⁰. El desarrollo histórico de la relación entre la actividad empresarial y la ética puede dividirse, de acuerdo con esta autora, en tres etapas: (i) la primera durante la época industrial, donde el pensamiento de Adam Smith y Max Weber propició la reflexión en torno a la calificación moral de las acciones de los agentes económicos, (ii) una etapa posindustrial, después de los años setenta, en la que comenzó un nuevo interés por la ética empresarial y las buenas prácticas corporativas y (iii) una edad informacional, en la que nos encontramos actualmente, en donde el actuar de las empresas debe considerar criterios de integridad y transparencia con el objetivo de cambiar hábitos, en un mundo en el que la globalización y el desarrollo de las tecnologías modifican la forma en la que la actividad de las mismas puede repercutir en la vida de las personas¹¹.

En este contexto, la evaluación de la actividad empresarial como actividad humana se enmarca por un lado en el ámbito de la mundialización, que provoca que la misma pueda tener distintos efectos en diferentes partes del planeta, sobre todo tratándose de compañías multinacionales con fines de lucro que aparentemente, en principio, ven únicamente por sus propios intereses,¹² y por el otro –de manera análoga– en la relación entre la empresa y el Estado que, de acuerdo con Requena y Cárdenas, impacta en la forma en la que se desarrolla la regulación de su actuar, debido a que coexisten tanto la regulación impuesta por los Estados como la autorregulación que se plantean las empresas para

9 Cfr. DYSCHKANT, ALEXIS. Legal Personhood: How we are Getting It Wrong, *University of Illinois Law Review*, n.º 5, vol. 2015, p. 2088.

10 CORTINA, ADELA. Las tres edades de la ética empresarial. En: *Construir confianza. Ética de la empresa en la sociedad de la información y las comunicaciones*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 17-20.

11 *Ibidem*, pp. 26-36.

12 Cfr. ENRÍQUEZ, JOSÉ MARÍA *et al.* *Educación plena en Derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 2014, p. 96.

alcanzar sus diversos objetivos¹³. El contraste entre estos dos ámbitos será fundamental para la generación de normativa en la materia, tomando además en consideración el hecho de que en la situación actual la autoridad para fijar criterios regulativos se traslada paulatinamente del ámbito estatal al ámbito internacional, donde se generan redes transnacionales alrededor tanto de empresas como de organizaciones no gubernamentales¹⁴.

El objetivo es entonces el reflexionar en torno a si la actividad empresarial realizada dentro de este contexto es compatible con una regulación en materia de derechos humanos, es decir, en qué sentido una empresa puede obligarse a respetar estos derechos y a través de qué prácticas puede esto volverse operativo. Adelante hablaremos de la naturaleza de estos derechos, asunto que se hace necesario para proponer respuestas al problema planteado. Sin embargo debemos afirmar que la actividad empresarial se desarrolla atendiendo a una comprensión de la empresa como agentes morales con una entidad diferente a la de sus accionistas o miembros, que se manifiesta tanto en el ámbito temporal (una empresa puede “durar” más o menos tiempo que la vida de sus accionistas, o incluso cambiar de accionistas), así como por estar dotadas de procedimientos distintos de toma de decisiones; podríamos decir que con una lógica distinta¹⁵. Esto último nos lleva a sostener que las corporaciones, con operaciones locales o transnacionales, tienen preferencias que pueden entrar en conflicto con los intereses de otras personas, grupos, o incluso de otras empresas. En ocasiones se tendrá que justificar, esto implica que los intereses empresariales pueden entrar en conflicto no solo con otros intereses, sino con los derechos de otras personas, ya sea en el ámbito interno o externo, y con distinta intensidad.

Es precisamente en este posible conflicto de intereses donde se manifiesta con más claridad la necesidad de regulación para prevenir o remediar probables violaciones de derechos humanos por parte de empresas. Así pues, reconociendo este hecho, aun es necesario por un lado definir la naturaleza de los intereses empresariales –y también el de las exigencias de derechos humanos– y por el otro justificar por qué una empresa puede estar obligada a respetar

13 REQUENA, CARLOS y CÁRDENAS GUTIÉRREZ, SALVADOR. *Compliance legal de la empresa; una tendencia regulatoria mundial*, México, Thomson Reuters, 2016, pp. 22-23.

14 Cfr. RODRIK, DAN. *The Globalization Paradox*, Oxford University Press, 2011, p. 207.

15 DAN-COHEN, MEIL. *Rights, Persons and Organizations. A Legal theory for Bureaucratic Society*, Los Ángeles, University of California Press, 1986, pp. 31-33.

derechos humanos y remediar sus violaciones, cuando tradicionalmente se ha sostenido que el ente obligado para promover, respetar, proteger y garantizar los mismos es el Estado.

Comencemos por el primer requerimiento, es decir, el de intentar definir los intereses empresariales, ya que el análisis del segundo aspecto –la justificación de la atribución de obligaciones de derechos humanos a las empresas– será abordado en el siguiente apartado. De esta forma, debe de reconocerse que el análisis en torno a la naturaleza de los intereses o imperativos empresariales y su futura relación con los derechos humanos, es tema de profundos debates, que impactan no solo en la forma en la cual se “hace empresa”, sino en cómo se relaciona esta con la sociedad en general, a lo que podemos llamar la perspectiva de los *stakeholders* o terceros con algún interés. Las preguntas esenciales en este caso son “¿qué quiere la empresa?” o “¿en qué se fundamentan sus intereses y por lo tanto su actividad?”; cuestiones que repercuten en su comprensión como agentes morales.

En este sentido, es famosa la aproximación sostenida por Milton Friedman, quien afirma que la única responsabilidad de las empresas es hacer dinero y conducir los negocios de acuerdo con sus deseos¹⁶, frente a otras posiciones que propugnan por el hecho de que el comportamiento de las compañías debe estar controlado y responder a aquellos afectados por sus actividades¹⁷. El contraste entre estas dos posiciones parece *a priori* irresoluble y deja abierta la puerta a distintas interpretaciones acerca de cuáles son realmente los intereses de las empresas. Por un lado, únicamente el generar ingresos respondiendo a sus accionistas –*profit* en inglés¹⁸– y por el otro el desarrollar su actividad poniendo especial atención a los riesgos y posibles efectos adversos de la misma con el fin de prevenirlos y remediarlos. Eso último lleva aparejado además la necesidad de definir los riesgos de la actividad peculiar de la empresa, así como la determinación de las obligaciones que la empresa efectivamente debe de cumplir, es decir, determinar qué riesgos sí deben ser evitados por la empresa y cuáles no le corresponden directamente. En cualquier caso, dentro del

16 FRIEDMAN, MILTON. The responsibility of Business is to Increase Profits, *NYT Magazine*, 13 de septiembre de 1970, p. 5.

17 KARLINER, JOSHUA. *The Corporate Planet. Ecology and Politics in the Age of Globalization*, San Francisco, Sierra Club Books, 1997, p. 217.

18 Al respecto se ha llegado incluso a hablar de un “derecho” de la empresa a generar ingresos –es decir, de un *right to profit*. Puede verse KHOURY, STÉFANIE y WHYTE, DAVID. *Corporate Human Rights Violations; Global prospects for legal action*, Londres, Routledge, 2017, p. 138.

contexto social, el reto será lograr equilibrios entre los deseos de los diferentes actores; tanto el de las empresas como los de cualquier ser humano que pueda verse afectado, o incluso aquellos ambientales, políticos o económicos.

Un aspecto, por lo tanto, que deberá considerarse será el de si al definir los intereses empresariales –sobre todo en sus posibles conflictos con otros intereses como los derechos humanos– estos pueden reducirse únicamente a aquellos económicos. Desde una perspectiva iusfilosófica particular –el análisis económico del derecho (AED)– parecería que la regulación de las acciones de cualquier sujeto tendrá que tomar en cuenta únicamente la racionalidad egoísta que este pueda emplear con el fin de maximizar sus beneficios y reducir pérdidas particularmente en el terreno económico¹⁹. De aceptar una posición similar a la anterior –que recuerda a aquella de Friedman– cualquier intento por introducir a los derechos humanos como criterio regulador de la acción empresarial sería estéril, ya que no se lograría superar una lógica meramente economicista, y la única preocupación de la compañía sería el maximizar ingresos, independientemente de las afectaciones colaterales que esto pudiera provocar, definiendo lapidariamente la actividad empresarial como acciones egoístas tendientes a generar mayores beneficios para los accionistas²⁰.

Sin embargo, al analizar los intereses de las empresas –o de cualquier otro sujeto–, se debe tomar en cuenta que la posición apenas descrita es bastante limitada. La naturaleza humana, que en sí misma es compleja, es muestra de que puede haber diversas motivaciones para el actuar, y que de las mismas se pueden desprender diferentes consecuencias. Haciendo un análisis somero, podemos decir que al sostener que la actividad empresarial es actividad humana, los motivos o intenciones detrás de la misma importan, y deben ser tomados en cuenta en cada caso²¹. Kaushik Basu hace un replanteamiento interesante del AED sosteniendo que los intereses de los distintos sujetos van más allá de lo meramente económico, pues pueden fundamentarse en querer obtener otros incentivos, tales como una la búsqueda de estatus o una buena imagen²².

19 BASU, KAUSHIK. *Una república fundada en creencias*, México, Grano de Sal, 2018, p. 38.

20 Independientemente de que se pueda argumentar que este enfoque generaría por sí solo beneficios sociales, es decir, que la empresa se tiene que dedicar solo a incrementar utilidades y que esto provocará un reparto justo de bienes, al estilo de la mano invisible de Adam Smith. Cfr. FRIEDMAN, MILTON. *The responsibility...*, cit., p. 5.

21 Cfr. CHANDLER, J. A. *Public Policy and Private Interest. Ideas, Self-Interest and Ethics in Public Policy*, Croydon, Routledge, 2017, p. 50.

22 BASU, KAUSHIK. *Una república fundada en creencias*, México, Grano de Sal, 2018, p. 38.

Respecto a esto, incluso ya Platón decía que ciertas personas prefieren “parecer” buenas que “ser” buenas²³, lo que en ocasiones justifica determinados comportamientos por parte de empresas que, más allá de lo económico, pretenden parecer buenas. Sin embargo, dentro de un “veredicto” del autointerés,²⁴ en el fondo los esfuerzos de una empresa por “parecer buena” –por ejemplo a través de programas de RSE– se pueden traducir también en intereses económicos, pero con la búsqueda de una aceptación pública²⁵.

El constatar que este puede ser el caso es razón a tomar en cuenta para la calificación de distintos conflictos de intereses en la materia. De algún modo, hasta el momento hemos hecho referencia únicamente a los intereses de las empresas, pero sin considerar en particular los de otros actores. La necesidad de tomar en cuenta otras posiciones ha sido abordada por la perspectiva de los *stakeholders* o terceros interesados. Esta perspectiva cobra especial interés porque supone ampliar el espectro de acción de las empresas al considerar los efectos colaterales de su actividad, específicamente en lo que los mismos puedan afectar los intereses de otros. De acuerdo con Rory Sullivan y Nina Seppala, esta perspectiva pone en entredicho la visión de que el éxito de un negocio o empresa pueda ser entendido sólo como aquel que maximiza las utilidades de los accionistas (*shareholders*), al sostener que, cuando una empresa interactúa con la sociedad, ciertos intereses e interdependencia se desarrollan entre la compañía y otros grupos sociales²⁶.

Como ejemplo de la actualidad que suscita el que la actividad empresarial pueda causar perjuicios en los intereses de otros grupos, puede mencionarse el Comentario General 24 del Comité de los Derechos Económicos Sociales y Culturales que, en su párrafo 22, expresa su preocupación por el hecho de que, en aras del interés privado o empresarial por incrementar ingresos, ciertas personas o colectividades puedan verse privados de ciertos bienes o servicios necesarios para su subsistencia, o al menos que los mismos no sean asequibles, o que su

23 PLATÓN. *La República*, 361c.

24 Cfr. COPP, DAVID. *Morality in a Natural World: Selected Essays in Metaethics*, Cambridge University Press, 2007.

25 CARROLL, ARCHIE *et al.* *Corporate Responsibility: The American Experience*, Cambridge University Press, 2012, p. 1.

26 SULLIVAN, RORY y SEPPALA, NINA. From the inside looking out. A management perspective on human rights. En: SULLIVAN, RORY (ed.). *Business and Human Rights*, Greenleaf Publishing, 2003, p. 110.

calidad disminuya²⁷. Aun cuando está justificada esta preocupación, pensamos que no debe de radicalizarse un debate público-privado, ni suponer una necesaria jerarquía superior a lo público sobre lo privado para la concreción de derechos, sino asumir la misma como un llamado al equilibrio entre distintos intereses.

Así pues, no podemos obviar ciertos esfuerzos o mecanismos que la empresa puede utilizar para la asunción de deberes en la materia. Ejemplos de ello son tanto la RSE como el gobierno corporativo (GC), mismos que, de acuerdo con Ricardo Molina, han ayudado a generar mayor conciencia de trabajar tomando en cuenta la perspectiva del “otro”, con el compromiso de generar un gobierno adecuado y transparente de la empresa que permita responder por daños o impactos negativos que pueda causar la actividad propia de la empresa.²⁸ Distintas posturas sugieren de hecho que el GC es un tema que requiere una implementación cada vez más urgente en el ámbito empresarial, no solo en la generación de mejores prácticas corporativas, sino también de criterios externos que permitan evaluar las mismas, con el fin de distinguir entre aquellas empresas que cumplen con dichos estándares y las que no²⁹, tomando en cuenta lo dicho al principio de este apartado, en el sentido de que la calificación de la actividad particular de una empresa permite afirmar que hay empresas que están más o menos “altas de moral”.

El GC pretende impulsar, dentro de las empresas, prácticas tendientes a prevenir y disminuir riesgos, impulsar la transparencia, la competencia y la sucesión y permanencia de sus miembros³⁰, así como fortalecer la disposición ética de la compañía³¹. Buscando un equilibrio entre regulaciones externas e internas, el GC es un criterio que sirve para darnos cuenta que así como en el caso de la música, el ámbito de la actividad empresarial requiere de

27 *Cfr.* Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Comentario General* 24, E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017, párrafo 22.

28 MOLINA VALENCIA, RICARDO, GONZÁLEZ MILLÁN, ÓSCAR y NIÑO MENDIVELSO, ALEXANDER. Revisión epistemológica del gobierno corporativo y la Responsabilidad Social Empresarial, *Contexto*, 2018, vol. 6, p. 44.

29 *Cfr.* LEÓN PACHECHO, ROBERTO. Gobierno corporativo, ¿serán sostenibles y suficientes las buenas intenciones?, *Coyuntura: Análisis Económico y Social de Actualidad*, 2006, vol. 7, p. 32.

30 *Cfr.* LARREA MARTÍNEZ, GUILLERMO y VARGAS GARCÍA, SALOMÓN. *Apuntes de gobierno corporativo*, México, Porrúa, 2009, p. 21.

31 Respondiendo además a cuatro ejes básicos: la rendición de cuentas, la equidad, la transparencia y la responsabilidad corporativa. *Cfr.* MOLINA VALENCIA, RICARDO, GONZÁLEZ MILLÁN, ÓSCAR y NIÑO MENDIVELSO, ALEXANDER. Revisión epistemológica..., cit., p. 50.

autorregulación. De acuerdo con Kevin Jackson, tanto en el contexto de los negocios como en el de la producción e interpretación musical, el sólo cumplir con normas (externas) es únicamente una condición mínima; se requiere además la “autoimposición” de estándares de excelencia³², misma que se puede actualizar a través de mejores prácticas que implementen e impulsen la responsabilidad empresarial.

Como a continuación se verá, el reto que podemos vislumbrar para el *management* o dirección de las empresas será el dotar de contenido a dichas regulaciones a través de la definición de sus prácticas, generando los equilibrios con las normas que puedan ser impuestas por el Estado. De hecho, la necesidad de regulaciones internas se debe justificar entre otras razones porque evita la hipertrofia normativa, procura la mejor aplicación de las normas estatales e incluso como sustituto en caso de que estas falten³³. La dirección empresarial como un arte, con el fin de crear, introducir o impulsar las regulaciones internas deberá ejercer de manera prudente su función basada en la confianza y la justicia³⁴. De ahí la importancia de poder dotarlas de un contenido viable.

Precisamente esta búsqueda de contenido se resume en el determinar qué puede esperarse de las empresas al momento que desarrollan su actividad y prevén los riesgos que la misma puede implicar. Esto ayuda a saber qué poder exigirle a la empresa, cuestión muy relevante al momento de explicitar sus obligaciones. Tal como dice Juan M. Elegido, hay límites en lo que las empresas pueden hacer y por ello quien critica o analiza su acción debe de ser responsable al articular estas exigencias³⁵. Al fin y al cabo, es cuestión de equilibrios. Lo que por lo pronto puede constatarse es que, en el ámbito del GC, uno de los elementos indispensables es el de reconocer la existencia de terceros interesados en la marcha y permanencia de la sociedad, así como la identificación y control de riesgos y la declaración de principios éticos³⁶ o incluso de derechos humanos que permitan gestionar la actividad empresarial.

32 JACKSON, KEVIN. *Virtuosity in Business. Invisible Law Guiding the Invisible Hand*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2012, p. 88.

33 RADU, MARES. *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, vol. 39, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 37.

34 Cfr. GÓMEZ PÉREZ, RAFAEL. *Ética empresarial*, 3.^a ed., Madrid, Rialp, 1999, pp. 91-93.

35 Cfr. ELEGIDO, JUAN M. *Fundamentos de ética de empresa: la perspectiva de un país en desarrollo*, México, Ipade, 1998, p. 304.

36 Consejo Coordinador Empresarial (CCE México). *Código de Mejores Prácticas Corporativas*, 2006, principios 2, 5 y 6.

La importancia de la inclusión de mejores prácticas dentro de las empresas como formas de regulación con efectos externos se justifica aún más por la mundialización del fenómeno empresarial, donde la actividad de las empresas puede tener efectos más allá de las fronteras de un Estado en particular, lo que dificulta una creación normativa que pueda tener efectos uniformes. Por supuesto, se están generando esfuerzos para la creación de un tratado internacional en la materia³⁷, pero no pensamos que esto sea suficiente. En todo caso, podemos concluir este apartado diciendo que, a pesar de que la adopción de ciertas prácticas a nivel interno es un proceso voluntario, el hacerlo es un factor diferenciador para las empresas.³⁸ De cualquier modo, la tarea siempre pendiente y que se abordará a continuación es la de definir los retos para dotar de contenido a las mismas y promover equilibrios para la solución de conflictos entre distintos intereses en pugna.

2. REFLEXIONES EN TORNO A LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS EMPRESAS

La búsqueda de contenido para las mejores prácticas de las empresas a la que apenas hacíamos mención es una tarea de gran importancia que debe tomar en cuenta distintos factores que pueden tener un impacto en su definición. Por un lado, el de los intereses particulares de una corporación, pero también otros que incluyan una asimilación de que la actividad empresarial está dotada de riesgos que pueden afectar otras personas y que suponen el reconocimiento de la responsabilidad de las mismas, no sólo en el ámbito social, sino de la adecuación de criterios más universales que ilustren el actuar general de las corporaciones. Precisamente por buscar una “perspectiva del otro”; un reconocimiento de la humanidad e intereses de “otras” personas, una responsabilidad empresarial que pretenda responder a estas exigencias debe de adoptar una perspectiva de derechos humanos.³⁹ Es por eso que en este apartado se

37 Borrador Cero del instrumento jurídicamente vinculante que regule, en el marco del derecho internacional relativo a los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas (tratado vinculante), 16 de julio de 2018.

38 MOLINA VALENCIA, RICARDO, GONZÁLEZ MILLÁN, ÓSCAR y NIÑO MENDIVELSO, ALEXANDER. *Revisión epistemológica...*, cit., p. 44.

39 En el deber de comportarse fraternalmente los unos con los otros consagrado en el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se encuentra una referencia a esta necesidad. Sin embargo, hay que tomar en cuenta que la misma tiene raíces filosóficas más profundas.

expondrán argumentos que permitan justificar el que las empresas están dotadas de obligaciones en la materia.

El concepto de derechos humanos es complejo. Aun cuando hay aceptación general de su existencia, la pregunta acerca de su contenido permanece, pues los mismos están siempre necesitados de fundamentación, sea para controlar la acción estatal o la de empresas. Sin embargo, en general se puede reconocer que los derechos humanos están dotados de un carácter especial dentro del universo de los derechos, por la importancia de los bienes que protegen ya que impactan al ser mismo de lo humano⁴⁰. De acuerdo con Amartya Sen, dentro del mismo concepto de derechos humanos se tienen que encontrar razones para justificar el que ciertas conductas “deben” hacerse, ya sea el respeto de ciertas libertades o la existencia de obligaciones sociales⁴¹. Para satisfacerlos será siempre importante poder identificar a sus sujetos titulares, así como a los sujetos obligados y el contenido del derecho en específico; es decir, si se acepta la fórmula donde *A tiene un derecho a X en contra de B, por virtud de Y*⁴², la tarea a la que se enfrenta teóricamente la rama de “Derechos Humanos y Empresa” consiste en justificar por qué una empresa puede ser “B” en dicha fórmula.

Para hacerlo, se pueden mencionar principalmente dos teorías. Por un lado, la llamada de la “eficacia horizontal de los derechos humanos”, que acepta que los derechos humanos pueden ser violados, y por lo tanto deben ser respetados por sujetos particulares y no sólo por el Estado, ampliando la concepción tradicional que de los mismos había surgido en el siglo XVIII⁴³, y por el otro la de los “actores no estatales”, que pretende justificar que en el ámbito internacional no solo los Estados están obligados a respetar estos derechos, sino también otros actores que por su posición de poder tienen la posibilidad de cometer violaciones a los mismo; entre estos actores destacan primordialmente las empresas, especialmente las transnacionales⁴⁴.

40 Cfr. FREEMAN, MICHAEL. *Human Rights*, Cambridge, Polity Press, 2017, p. 68.

41 SEN, AMARTYA. *La idea de la justicia*, México, Taurus, 2013, p. 390.

42 GEWIRTH, ALAN. *The Community of Rights*, Chicago, The University of Chicago Press, 1996, pp. 8-9.

43 GARDBAUM, STEPHEN. Positive and Horizontal Rights: Proportionality's Next Frontier or a Bridge Too Far? En JACKSON, VICKI C. y TUSHNET, MARK (eds.). *Proportionality; New Frontiers New Challenges*, Cambridge University Press, 2017, p. 257.

44 Cfr. CLAPHAM, ANDREW. *Human rights obligations of non-state actors*, Oxford University Press, 2006.

Uno de los mayores esfuerzos que deben reconocerse para la reflexión y definición de las obligaciones de derechos humanos para las empresas son los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos, publicados en 2011 y redactados por John Ruggie⁴⁵, donde se incluye el marco de “proteger, respetar y garantizar” derechos humanos. En ellos se introducen principios que pretenden dar pauta a la regulación de la relación entre los Estados y las empresas para la consecución y definición de las obligaciones de las últimas en la materia. Ciertamente el carácter de estos principios es voluntario, pero puede impactar positivamente en la formación de políticas de dirección en una empresa, en sus prácticas y debida diligencia siempre y cuando los derechos humanos puedan ser internalizados por la empresa, como se mencionará adelante⁴⁶.

De acuerdo con los Principios Rectores, el reto es lograr armonizar el que el Estado cumpla con su obligación de protegerlos de violaciones y abusos por parte de particulares –incluyendo empresas– a través de regulaciones, políticas y garantía, así como el de definir la responsabilidad particular de la empresa tanto para respetar los derechos de otros posibles afectados por su actividad, como el de promover que las mismas se reparen en caso de suceder⁴⁷. En la segunda parte de este documento se describirán ejemplos de políticas y proyectos empresariales que buscan dar cumplimiento a estos derechos por medio de la prevención. De cualquier forma, debe comprenderse que el reto, como lo establece el objeto de este libro, es el de regular la protección de estos derechos, coordinando tanto la acción estatal como empresarial.

Ya hemos sostenido en este sentido que el objetivo de estas regulaciones tiene que tomar en cuenta la integración de los derechos humanos a la actividad normal de la empresa. De acuerdo con Juan M. Elegido, la responsabilidad de la empresa en materia de derechos humanos debe abarcar el mayor espectro de su actividad, no solo enfocarse en desarrollar proyectos específicos de RSE, porque esta última puede significar únicamente una mínima parte de su actividad. Estamos de acuerdo con él en que es mejor que la inclusión del marco de los derechos humanos se implemente en todos los aspectos de la actividad empresarial, como la relación con los empleados, los consumidores, el medio

45 Para una relación de los motivos y procesos que antecedieron a la publicación de estos principios puede consultarse RUGGIE, JOHN. *Just Business*, Nueva York, W.W. Norton & Company, 2013.

46 Cfr. RADU, MARES. *The UN Guiding Principles*, cit., p. 17.

47 *Ibidem*, p. 4.

ambiente, la sociedad en general y la forma en la que aborda los posibles daños colaterales que puede causar⁴⁸. Elegido pensó esto varios años antes de la publicación de los Principios Rectores, pero es una forma innovadora de abordarlo, sobre todo cuando existen tantas dudas respecto a la naturaleza de dichos principios.

Es por esto que sostenemos que la regulación de estos derechos, más que necesitar la creación de normas externas, debe enfocarse a nivel interno sobre todo si quiere superarse la lógica del mero “interés empresarial”. Esto ya también lo detectó Rory Sullivan, quien detalló que la acción de dirección en las empresas debe por un lado (i) identificar la medida de sus responsabilidades en materia de derechos humanos para sus distintos niveles de acción, (ii) generar políticas de derechos humanos, (iii) establecer objetivos en el tema, (iv) implementar tanto recursos humanos como herramientas para realizar los mismos y (v) establecer mecanismos de evaluación, monitoreo y reporte de información a la dirección para corregir políticas en caso necesario.⁴⁹ Hay sin embargo que estar conscientes de que la adopción de políticas internas en las empresas continúa siendo un proceso voluntario y que aunque el avance en las mismas sería importante, se tiene que generar los mecanismos para que las empresas en general estén convencidas de estos derechos y los mismos puedan superar una lógica meramente egoísta o de intereses particulares. Para eso, veremos que es necesario generar regulación, pero que tienda a que las empresas internalicen sus obligaciones, y se puedan establecer esquemas para que los derechos humanos cobren un papel central en el marco de la actividad empresarial. En el próximo apartado profundizaremos acerca de estos conceptos.

2. I. INTERNALIZACIÓN Y COLATERALIDAD

Antes de describir distintos proyectos donde los derechos humanos se han hecho presentes en ciertas prácticas empresariales, consideramos oportuno reflexionar de manera más profunda en torno a las implicaciones que una responsabilidad en materia de derechos humanos tiene para la actividad empresarial. Decíamos en el apartado anterior que la generación de políticas internas en las empresas combinado con el contenido de normas estatales debe producir mejores

48 *Cfr.* ELEGIDO, JUAN M. Responsabilidad social no equivale a ética empresarial. En *30 dilemas éticos empresariales y otros textos*, Revista Istmo, Universidad Panamericana-Ipade, 2008, p. 98.

49 SULLIVAN, RORY y SEPPALA, NINA. *From the inside looking out...*, cit., pp. 102-105.

prácticas dentro de las mismas. Sin embargo, también decíamos que esto se logra cuando se internaliza el contenido de las exigencias normativas, en este caso de derechos humanos, y no necesariamente cuando el cumplimiento de las mismas se haga por coerción.

Hay que recordar que el derecho puede cumplirse por los destinatarios normativos por varias razones: por un lado, por coincidencia, es decir, que el comportamiento se ajuste a normas sin que haya conciencia de las mismas; por otro, por conformidad, esto es, por ajustarse a normas sociales o porque otros miembros del grupo lo hacen; en tercer lugar, por coerción o temor a una sanción, y en último término por obediencia e internalización de la norma⁵⁰. En ocasiones se llega a pensar que la eficacia plena del derecho se alcanza cuando existen normas con sanciones claras y ejecutables que obliguen a los sujetos a cumplir con el contenido normativo, cuando la plenitud de lo jurídico se obtiene no cuando se imponen sanciones sino cuando se cambia la forma en que las personas se entienden a sí mismas y adecuan su comportamiento a las exigencias que entienden y consideran justas.⁵¹ Puede sonar idealista, pero el primer paso para regular la relación entre derechos humanos y empresas debe darse en el plano de la internalización y comprensión de las exigencias de lo que cada ámbito espera para sí.

Sin embargo, aun cuando este es el objetivo, el reto es pensar normas, tanto de carácter nacional como internacional, que tiendan a estos procesos de internalización. Para esto es necesario recordar que lo que está detrás de este proceso es la contradicción aparente entre los intereses empresariales y los intereses de otras personas expresados a través de las exigencias de derechos humanos. En este punto es interesante recordar que Robert Speamann decía que lo justo al analizar conflictos de intereses es examinar de qué intereses se trata y no de quién son los intereses⁵², pero en estos casos será necesario vincular el interés a la naturaleza del sujeto.

En este contexto, es pertinente reflexionar acerca del papel que juegan los derechos humanos dentro del ámbito empresarial. Para ello recurriremos al concepto de “colateralidad” esgrimido por el profesor Sheldon Leader,

50 HONGJU KOH, HAROLD. How Is International Human Rights Law Enforced? En: WESTON, BURNS H. y GREAR, ANNA. *Human Rights in the World Community*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2016, p. 295.

51 *Ibidem.*, p. 298.

52 SPAEMANN, ROBERT. *Ética: cuestiones fundamentales*, 9.^a ed., Pamplona, Eunsa, 2010, p. 65.

quien ha reflexionado acerca de la interacción entre intereses empresariales y derechos humanos y en específico en torno a la importancia que se le da a los últimos cuando entran en conflicto con los primeros, esto es, qué tan “colaterales” son las obligaciones de derechos humanos para las empresas. Así pues, es cierto que cada vez más las empresas se ven de algún modo obligadas a respetar ciertos derechos humanos, pero los mismos permanecen en ciertas circunstancias como “colaterales” a la actividad empresarial y, por lo tanto, serán supeditados a los intereses o imperativos comerciales al momento de entrar en conflicto con ellos, es decir, que en caso de colisión se intentará en general respetar el derecho hasta el punto en que sea posible continuar ejerciendo el interés empresarial, dándole prioridad al último⁵³.

Lo anterior puede ocurrir, no porque los derechos humanos sean intereses menos legítimos *per se*, sino porque puede creerse que el rol legítimo de la empresa es atender a sus intereses comerciales frente a los accionistas, y no de manera directa a intereses de otros⁵⁴. La intención es, por medio de regulación, tanto interna como externa, procurar que la integración de principios de derechos humanos pueda ser adoptada en los textos constitutivos de las empresas con el fin de evitar la colateralidad de los mismos, trayéndolos a puestos más centrales del desarrollo de la actividad empresarial⁵⁵. El reto seguirá siendo hacer justicia y buscar equilibrios entre los diversos intereses implicados dentro del ejercicio de la acción empresarial⁵⁶.

Intentar evitar la colateralidad de los derechos humanos en el ámbito de las empresas puede realizarse si se considera, como ya dijimos, que las mismas no tienen únicamente intereses económicos, sino que hay otros motivos que las mueven a actuar. El reto es gigantesco, pero la tesis es incluir a los derechos humanos como motivos del actuar empresarial, buscando equilibrios con los intereses económicos que se puedan presentar. Un comportamiento de este tipo se puede dar “de cualquier modo”, es decir, sin necesidad de reglas, pero sin duda la generación de las mismas puede ayudar para cambiar el punto focal de la actividad empresarial, o al menos mitigar sus efectos adversos⁵⁷. Incluso podría cuestionarse que el lenguaje de derechos humanos deba realmente

53 LEADER, SHELDON. Collateralism. En: BROWNSWORD, ROGER (ed.). *Global Governance and the Quest for Justice*, vol. IV, Portland, Hart Publishing, 2004, pp. 55-58.

54 *Ibidem*, p. 55.

55 *Ibidem*, p. 56.

56 *Ibidem*, pp. 59-64.

57 *Cfr.* BASU, KAUSHIK. *Una república...*, cit., p. 67.

emplearse en el ámbito empresarial, o que este sea adecuado. Según Jackson, aun cuando esto posiblemente sea cierto, la inclusión de los mismos en este contexto y con estos fines es razonable y puede ser eficaz⁵⁸. Recordemos que, como cualquier actividad humana, la empresarial puede realizarse con mejores o peores razones, y estar dotada de más o menos calidad moral. Los derechos humanos pueden ser el criterio para generar acciones que tiendan a elevar la calidad de los actos empresariales.

Esto último se observa en las exigencias de los Principios Rectores, coordinando acciones entre Estados y empresas para proteger, respetar y remediar violaciones a los mismos por parte de la actividad de las empresas. Pero la existencia de los Principios no soluciona *per se* el problema de la adecuación no solo formal, sino también material de la acción de las empresas. Para ello deben de unirse constantes esfuerzos para dotar de contenido en cada caso concreto a los derechos humanos que se aleguen violados o cuya violación deba prevenirse, así como la forma de remediar las que sí ocurren, preguntándose tanto en el nivel directivo como en el jurídico como alcanzar los grados esperados de respeto a las expectativas de todos los sujetos titulares⁵⁹. No implica únicamente incluir el concepto de derechos humanos en “abstracto”, sino clarificar las obligaciones que las empresas o corporaciones tienen respecto a otros individuos o grupos y por qué estas serían una razón para actuar de manera diferente, pensando al momento de regular en la centralidad de las posibles víctimas⁶⁰.

3. ACCIONES DIRIGIDAS A LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN DERECHOS HUMANOS COMO PARTE DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL

En esta segunda parte presentaremos desde una perspectiva práctica, una serie de acciones concretas que materializan lo expresado desde el punto de vista teórico en la primera sección del presente texto, lo anterior se realizará con miras a ofrecer al lector ciertas opciones vinculadas con alternativas de

58 JACKSON, KEVIN T. *Virtuosity in Business...*, cit., p. 150.

59 *Cfr.* THOMAS, JEAN. Our rights, but whose duties? Re-conceptualizing rights in the era of globalization. En: KAHANA, TSVI y SCOLNICOV, ANAT (ed). *Boundries of State, Boundries of Rights*, Cambridge University Press, 2016, p. 8.

60 SCHULZ, WILLIAM F. *In our own best interest. How defending human rights benefits us all*, Boston, Beacon Press, 2002, pp. 92 -100.

ejercicios en los que los actores empresariales pueden fomentar y efectuar gestiones concretas que influyeran de manera positiva el entorno de los derechos humanos en múltiples niveles de la actividad empresarial.

Antes de presentarlas nos corresponde advertir que partiremos de la diferenciación señalada por el profesor Cantú Rivera cuando expresa que los conceptos de RSE y de REDH pueden llegar a poseer perspectivas y orígenes desiguales⁶¹; en este sentido, mientras la denominada REDH ostenta un componente de carácter obligatorio en el que las empresas son directamente responsables de posibles violaciones o incumplimientos de normas⁶² en cualquiera de sus acciones ejercidas sobre las jurisdicciones donde operan, la RSE más bien se enfoca en el compromiso voluntario de las mismas en colaborar dentro de varios campos como lo son: los derechos laborales, la protección al medio ambiente, el combate a la corrupción y no menos importante la protección de los derechos humanos, todo lo anterior plasmado tanto en manifestaciones sociales como en adecuaciones a procesos productivos que mejoran la relación empresa-sociedad⁶³.

Si llevamos lo anterior al campo práctico en el caso de la RSE no se contará con un mecanismo de control o regulación vinculante sobre los distintos compromisos adoptados y su progreso mientras que la REDH efectivamente cuenta con normas vinculantes en donde se pretende “garantizar su cumplimiento y aplicación en su esfera de control” contribuyendo de este modo a desarrollar una cultura legal y revalidado su estatus de marco normativo en desarrollo⁶⁴; ahora bien, no se deben menospreciar las políticas de RSE ya que después de todo son más sensibles a los cambios sociales debido a las usuales formalidades que requieren cumplir las normas vinculantes antes de su constitución. La RSE puede formar parte de la renegociación de roles que cumplen las empresas en las distintas sociedades⁶⁵.

61 Cfr. CANTÚ, HUMBERTO. Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del *statu quo*?, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 13, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 325 -331.

62 Se refiere a normas que han obtenido un reconocimiento de manera regional o global vinculadas con la protección de los derechos humanos; usualmente este reconocimiento se presenta en tratados de derechos humanos internacionalmente reconocidos.

63 Cfr. CANTÚ, HUMBERTO. *Empresas y derechos humanos...*, cit., pp. 325 -331.

64 *Ibid.*

65 Cfr. BUSTOS, LUIS. The role of CSR policies focused on local content actions in host countries

En últimas, tanto las figuras de la REDH y la RSE interactúan y se encuentran alineadas en objetivos enlazados con los Derechos Humanos buscando a su vez crear aportes a la sociedad, la primera como parte del cumplimiento de obligaciones establecidas en “estándares internacionalmente aceptados” mientras que la segunda se expresa como una manera de colaborar al entorno donde opera la empresa, aquí inclusive se puede destacar que la RSE puede llegar a ser vista como parte de la REDH⁶⁶, dicho de otro modo el desarrollo, fomento y aplicación de la REDH no obstaculiza el crecimiento y trabajo que se puede crear por intermedio de la RSE atrayéndola hacia el campo político y no dejándola en un escenario meramente gerencial⁶⁷. Incluso, y subrayando la necesidad de repensar las normas para que tiendan a procesos de internalización, es pertinente enfocarse en las relaciones entre la REDH y la RSE, ya que esta última puede ser una importante vía para incluir los derechos humanos como motivos del actuar empresarial; por otra parte, este vínculo también puede ser percibido como un factor que respalde la obtención de la denominada licencia social para operar⁶⁸ en el entorno de las actividades realizadas por las empresas.

Si llevamos lo mencionado anteriormente a un campo práctico reconocemos que algunas de las acciones que mencionaremos a continuación y que son llevadas a cabo por los actores empresariales, bien pueden estar apuntando a desarrollar ambos conceptos de REDH y RSE de manera paralela siendo complementarias y no excluyentes en la labor de construcción de una “cultura social corporativa”, incluso podrían llegar a traducirse en parámetros y obligaciones jurídicas a cumplir en la esfera del respeto y cumplimiento de los derechos humanos en la actividad empresarial⁶⁹.

faced with governance gaps and mining operations. En: *Colección de estudios en Derecho minero y energético*, n.º 7, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 33.

66 Cfr. CANTÚ, HUMBERTO. *Empresas y derechos humanos...*, cit., pp. 325-331.

67 Cfr. MAUREL, OLIVIER, BRABET, JULIENNE et al. *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme*, París, Commission nationale consultative des droits de l'homme, 2009, p. 137. Consultado marzo 18, 2019. Disponible en https://www.cncdh.fr/sites/default/files/etude_responsabilite_des_entreprises_vol_1_o.pdf. Ver también CANTÚ, HUMBERTO. *Empresas y derechos humanos...*, cit., pp. 325-331.

68 Sobre la licencia social para operar y su relación con la responsabilidad social empresarial, cfr. BUSTOS, LUIS y RODRÍGUEZ, MARIANA. Licencia social para operar. Comentarios Desde La Participación Ciudadana Y La Responsabilidad Social Empresarial. En: LUGO, ÓSCAR, RODRÍGUEZ, MARÍA DEL PILAR y DÍAZ, ROSA (eds.). *Regulación de servicios públicos y energía. Lecturas selectas*, México, Porrúa, 2016, pp. 197-220.

69 Cfr. CANTÚ, HUMBERTO. *Empresas y derechos humanos...*, cit., pp. 325-331.

Sin la pretensión de elaborar una lista de carácter excluyente a continuación presentaremos algunos ejemplos de proyectos que destacamos como iniciativas inspiradoras en donde confluyen los esfuerzos de varios actores públicos, privados y miembros de la sociedad civil dirigidos a darle visibilidad y aumentar la REDH y que de manera particular buscan influir sobre asuntos relevantes como la mejora y equidad en las condiciones de trabajo, la eliminación de la discriminación y la búsqueda de salarios justos.

Nombre del proyecto: Migrant Recruitment Advisor

El artículo uno de la DUDH fomenta la libertad, dignidad e igualdad que poseemos todos los seres humanos lo anterior resulta opuesto a los vejámenes a los que se ven sometidos varios migrantes alrededor del mundo, en definitiva los trabajadores migrantes aportan un trabajo sobre el que se sostiene gran parte de la economía global y a pesar de esto en varios lugares del mundo les son aplicados estándares inferiores en términos de condiciones de trabajo además de sufrir reiteradas discriminaciones⁷⁰.

Involucrados: Consorcio de diferentes organizaciones entre las que se encuentran: Migrant Forum in Asia (MFA); Organización Internacional del Trabajo (OIT); International Trade Union Confederation (ITUC); Federation of Free Workers (FFW); Sentro ng mga Nagkakaisa at Progresibong Manggagawa (SENTRO); Malaysian Trades Union Congress (MTUC); Konfederasi Serikat Pekerja Indonesia (KSPI); Konfederasi Serikat Buruh Sejahtera Indonesia (KSBSI); General Federation of Nepalese Trade Unions (Gefont)⁷¹; gobiernos nacionales, empresas y actores de la sociedad civil.

Ubicación: actualmente la iniciativa cuenta con equipos de coordinación en Indonesia, Filipinas, Malasia y Nepal⁷².

Enfoque del proyecto: para muchos trabajadores migrantes, la explotación comienza en su país de origen en donde se les cobran tarifas con el objetivo de asegurar puestos de trabajo en su destino, esta práctica que es comúnmente utilizada lleva a la adquisición de deudas y compromisos construyendo una

70 *Cfr.* Institute for Human Rights and Business. *Top 10 Business & Human Rights Issues - Safeguarding Rights of Workers on the Move*, William Gois, *Migrant Forum in Asia*. Consultado marzo 2, 2019. Disponible en <<https://www.ihrb.org/library/top-10/top-ten-issues-in-2019>>

71 *Cfr.* Recruitment Advisor, Organizations Involved. Consultado marzo 19, 2019. Disponible en <<https://www.recruitmentadvisor.org/about/organizations-involved>>

72 *Ibid.*

notoria vulnerabilidad desde el inicio para los trabajadores migrantes, con el firme objetivo de prevenir este tipo de comportamientos empresas y Estados deben buscar el fomento de un reclutamiento que conlleve a la implementación de prácticas éticas que pueden llegar a apoyarse en lo promovido por parte de la OIT⁷³, especialmente con la creación de una metodología clara que permita la definición de unas tarifas de contratación justas para estos escenarios.

El trabajo de la OIT sobre este último tema ha reconocido que el reclutamiento justo es un aspecto sobre el que se debe prestar especial atención, por lo que se encuentra en la construcción y puesta en marcha de una metodología que represente de manera simple los costos y tarifas de contratación transfronterizas y nacionales, una contratación justa evita en gran manera el trabajo forzoso y el conocer los costos de contratación ayudará a soportar metas globales como los objetivos del desarrollo sostenible, permitiendo evaluar y monitorear estas temáticas⁷⁴.

En línea con lo anterior se ha implementado la iniciativa denominada Migrant Recruitment Advisor que puede ser definida como una herramienta que le permite a los trabajadores entrar a calificar agencias de empleo, compartir experiencias, informarse de sus derechos y dar a conocer quejas, todo lo anterior a través de una plataforma que es accesible por internet, se espera que esta plataforma sirva de soporte para respaldar la dignidad y el respeto a los derechos humanos del trabajador migrante dando sustento al trabajo desarrollada por parte de los Estados, empresas y sociedad civil, en cuanto a los Estados la meta es cooperar en la supervisión de todas las etapas del ciclo migratorio-laboral desde su reclutamiento protegiendo y garantizando la igualdad de condiciones, refiriéndonos a las empresas cumplirán una labor fundamental en la obtención de estos objetivos al integrar el uso de la herramienta en sus operaciones diarias mejorando la administración ética de sus cadenas de suministro; en últimas, las prácticas de reclutamiento éticas son un imperativo de correcto comportamiento empresarial, y en último lugar, pero no menos importante, deberá estar presente en todo este proceso la participación y veeduría de la sociedad civil que otorgará una mayor visibilidad de la problemática en todos los niveles de la población⁷⁵.

73 *Cfr.* Institute for Human Rights and Business. *Safeguarding Rights...*, cit.

74 *Cfr.* International Labour Organization (ILO). *Tripartite Meeting of Experts on Defining Recruitment Fees and Related Costs*. Consultado marzo 15, 2019. Disponible en <https://www.ilo.org/global/topics/labour-migration/events-training/WCMS_632651/lang-en/index.htm>

75 *Cfr.* International Labour Organization (ILO). New online ratings help migrant workers avoid

Mirando hacia el futuro: por más que la iniciativa se puede considerar novedosa por originarse en el 2018, se alcanzan a observar algunos adelantos sobre la implementación de la misma y considerarse como un proyecto en expansión que ha contado con muy buen reconocimiento, como ejemplo de lo anterior encontraremos la manera en que los fondos de pensiones lo han percibido como una opción a tener en cuenta a la hora de influenciar en la generación de inversiones sostenibles por parte de las empresas al tener propiedad en algunos activos de las mismas⁷⁶, para culminar sus expectativas están puestas en ampliar su cubrimiento por todo el corredor Asiático buscando influenciar varios países y aumentar su cobertura hasta el África, lo cual necesitará del asocio con nuevos actores que tengan presencia en estas jurisdicciones⁷⁷.

Nombre de los proyectos: Campaign for Decent Work Towards and Beyond 2010; BWI's Global Sports Campaign for Decent Work and Beyond; Campaign for decent work before and after 2014 entre otras iniciativas

El artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) es fuente de una serie de derechos que generan efectos inmediatos sobre la relación empresas y sus empleados, temas como las condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, así como la eliminación de la discriminación y la búsqueda de salarios justos marcan un camino a seguir dentro de la protección de la dignidad y respeto a los derechos humanos de los trabajadores, esta misma línea se ha desarrollado en otros instrumentos vinculantes como por ejemplo los Convenios Co87 y Co98 de la OIT⁷⁸.

unscrupulous recruiters. Consultado marzo 15, 2019. Disponible en https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_625204/lang-en/index.htm. Ver también Institute for Human Rights and Business. *Safeguarding Rights...*, cit.

76 Cfr. HOLTAND, HESTER y HÖFTEN, ANKE. *Dutch Pension funds and forced labour – Speak up!* Utrecht, Dutch Association of Investors for Sustainable Development, 2018, pp. 9-10. Consultado marzo 14, 2019. Disponible en <<https://www.vbdo.nl/en/publications>>

77 Cfr. *Revista Impakter*. The Voice of the Working People: An Interview with Sharan Burrow, 2019. Consultado marzo 19, 2019. Disponible en <<https://impakter.com/the-voice-of-the-working-people-an-interview-with-sharan-burrow>>

78 Cfr. Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, artículo 23. Ver también Institute for Human Rights and Business. *Top 10 Business & Human Rights Issues – Ensuring Dignity While Building Infrastructure, Ambet Yuson, Building and Wood Workers' International*. Consultado marzo 10, 2019. Disponible en <<https://www.ihrb.org/library/top-10/top-ten-issues-in-2019>>

Involucrados: Building and Wood Workers' International (BWI)⁷⁹ gobiernos nacionales y locales, Federación Internacional de Fútbol Asociado, sindicatos de trabajadores, empresas del sector de la construcción, aviación, seguridad privada, silvicultura corporaciones transnacionales y agremiaciones del sector de la construcción.

Ubicación: jurisdicciones varias en donde se lleven a cabo grandes eventos deportivos: Suráfrica, Brasil, Rusia, Qatar, entre otros.

Enfoque del proyecto: estos proyectos han sido parte de una estrategia soportada por parte del movimiento sindical internacional quienes encontraron un escenario perfecto para hacer visibles sus reclamos y protestas con el objetivo de alcanzar beneficios estratégicos al largo plazo que resultarán beneficiosos para el movimiento laboral, han aprovechado la organización de megaeventos como lo es la Copa Mundial de la Fédération Internationale de Football Association (FIFA) trayendo consigo cuestionamientos sobre la realización de este tipo de espectáculos y su contribución a la sociedad considerando que los mismos son creadores de flujos de subsidios públicos que terminan soportando intereses privados⁸⁰.

Particularmente en el entorno de la Copa Mundo de Suráfrica 2010 los sindicatos de este país africano afiliados a la BWI implementaron la primera gran campaña vinculada con un megaevento deportivo, la cual fue denominada Campaign for Decent Work Towards and Beyond 2010, que resultó ser la semilla de un modelo que se ha replicado en otros megaeventos y que centra sus acciones en: la promoción del trabajo de calidad y decente en la industria de la construcción, organización de campañas negociaciones e investigaciones que despierten la solidaridad internacional, formación a los negociadores sindicales para enfrentar de manera adecuada rondas de negociaciones, participación activa en los programas destinados por parte de los gobiernos al desarrollo de infraestructura, acompañamiento y promoción de las inspecciones sobre la infraestructura destinada a la realización del evento, reuniones y protestas de apoyo⁸¹.

79 Federación Sindical Internacional que reúne a sindicatos pertenecientes a sectores de la construcción, materiales de la construcción y afines; cuenta con 328 sindicatos, tiene presencia internacional y sus objetivos están dirigidos a buscar el desarrollo de sindicatos en la industria de la construcción y respaldar los derechos de los trabajadores en un contexto de desarrollo sostenible. Cfr. BWI. *Building and Wood Workers' International*. Consultado marzo 15, 2019. Disponible en <https://www.bwint.org/es_ES/cms/acerca-de-2

80 Cfr. COTTLE, EDDIE; ROMBALDI, MAURICIO. *Lessons from South Africa's FIFA World Cup, Brazil and its Legacy for Labour*. Sudáfrica: University of the Witwatersrand (WITS), 2014, vol. 1, p.16. Consultado marzo 10, 2019. Disponible en <<https://www.global-labour-university.org/index.php?id=384&L=0>

81 *Ibidem*, pp. 5-15.

El modelo creado para Suráfrica resultó exitoso y por lo tanto ha buscado ser replicado por parte de BWI en otros acontecimientos deportivos como el pasado Campeonato Mundial de la FIFA organizado en Brasil y el campeonato que se pondrá en marcha dentro de algunos años en Qatar, en el caso Brasileiro esta organización mantuvo contacto con los sindicatos de este país para construir una plataforma denominada “Pauta Nacional” en donde se trabajaron varias de las rezagadas demandas históricas del sector de la construcción, por otro lado en el caso de Qatar el enfoque fue diferente con una continua denuncia de los tratos discriminatorios sobre los trabajadores migrantes que intervienen en la construcción de los escenarios deportivos masivos⁸².

La experiencia también se ha expandido a nuevas actividades como los Olímpicos de Río de Janeiro del 2016 en donde fue necesaria la creación y acondicionamiento de puertos, aeropuertos, metros, villas olímpicas y escenarios deportivos, toda la estrategia encaminada a alcanzar metas como la inclusión de representantes de los sindicatos en las inspecciones de obras, reajustes salariales buscando equidad, mejoramiento de condiciones en los lugares de trabajo (higiene y seguridad industrial) y búsqueda de sinergias entre trabajadores y los representantes de los sindicatos para la creación de agendas conjuntas y organizadas más eficientes, en este mismo sentido se debe subrayar los acuerdos que también se han establecido entre BWI y el sindicato de trabajadores rusos (RBWU) para ofrecer mejores condiciones de trabajo en la construcción y renovación de obras que se dieron para la copa Mundial de Fútbol del año 2018 y los acuerdos establecidos con actores privados encaminados a asegurar el cumplimiento de derechos humanos en el lugar de trabajo y en el reclutamiento de trabajadores como el constituido con la empresa del sector de la construcción QDVC que opera en Qatar, junto con los pactos de trabajadores de la aerolínea aérea Latam y las aproximaciones establecidas con Qatar Airways que buscan objetivos similares⁸³.

Mirando hacia el futuro: en cuanto a los resultados obtenidos por parte de estas campañas encontraremos el aumento de la participación y afiliación de trabajadores alrededor del mundo a los sindicatos gracias a la visibilidad que

82 *Ibidem*, pp. 11-14.

83 *Cfr.* BWI, Building and Wood Workers’ International, *Revista Decade One*, 2017, vol. 11. Consultado marzo 17, 2019. Disponible en https://www.bwint.org/web/content/cms.media/1201/datas/DecadeOne_EN.pdf. Ver también: ROMBALDI, MAURÍCIO. Labour, unions and mega-events. En: CUPPLES, JULIE, PALOMINO-SCHALSCHA, MARCELA y PRIETO, MANUEL (eds.). *The Routledge Handbook of Latin American Development*, Reino Unido, Routledge, 2018, pp. 345-352.

les ha otorgado este tipo de movimientos, asimismo se ha perfeccionado la calidad de las condiciones laborales (higiene y seguridad industrial) y salarios de los trabajadores, apertura de una serie de investigaciones gubernamentales en el desarrollo de inspecciones conjuntas en pro de la seguridad y el respeto a los trabajadores en las locaciones donde se está construyendo infraestructura destinada a la atención de estos masivos eventos de carácter deportivo⁸⁴.

Nombre del proyecto: Corporate Human Rights Benchmark

Involucrados: Aviva Investors, Business & Human Rights Resource Centre (BHRRRC), APG Asset Management (APG), The EIRIS Foundation, The Institute for Human Rights and Business (IHRB), Nordea Wealth Management, la Asociación Holandesa de Inversores para el Desarrollo Sostenible (VBDO) y gobiernos de diferentes jurisdicciones⁸⁵.

Ubicación: su aplicación nos remite a diferentes jurisdicciones en donde tengan operaciones las empresas o lleguen sus cadenas de suministro.

Enfoque del proyecto: a la hora de identificar los riesgos que deben afrontar las empresas vinculadas con el respeto y aplicación de los derechos humanos se debe ser cuidadoso en la selección de instrumentos que de manera idónea empleen una apropiada metodología de medición; por esta razón se ha presentado al público en general el denominado Corporate Human Rights Benchmark (CHRB) impulsado por varias organizaciones; la mencionada iniciativa se presenta como un instrumento gratuito que clasifica el comportamiento de las 101 principales compañías en cuanto al adecuado respeto y aplicación de los derechos humanos. Esta medición se sustenta en su desempeño sobre diversos factores entre los que se encuentran: la buenas prácticas; respuestas a denuncias de violaciones de derechos humanos; transparencia informativa; debida diligencia; gobierno-política y tanto el uso correcto de recursos como el acogimiento mecanismos de queja oportunos⁸⁶.

La iniciativa es aplicada en diferentes sectores como el agrícola, textilero y extractivo, entre otros, los diferentes puntajes presentados por parte de esta

84 *Cfr.* COTTLE, EDDIE y ROMBALDI, MAURICIO. *Lessons from...*, cit., pp. 9, 14, 15, 16.

85 *Cfr.* Corporate Human Rights Benchmark. *Who we are*. Consultado marzo 9, 2019. Disponible en <<https://www.corporatebenchmark.org/who-we-are>>

86 Institute for Human Rights and Business. *Top 10 Business & Human Rights Issues - Measuring Performance to Move Shareholders*, Steve Waygood, Aviva Investors. Consultado marzo 10, 2019. Disponible en <<https://www.ihrb.org/library/top-10/top-ten-issues-in-2019>>

herramienta son obtenidos de información de carácter público que involucra empresas multinacionales como Adidas y Prada; en últimas, se busca que más empresas construyan planes que prevengan la discriminación de género, el trabajo forzoso, el trabajo infantil tanto en su actividad como en sus cadenas de suministro⁸⁷.

Mirando hacia el futuro: en el 2017 este índice corporativo logró evaluar a 98 de las más grandes empresas que cotizan en bolsas del planeta aplicando 100 indicadores, dentro de las que se pueden encontrar Starbucks, Kraft Heinz y la minera Río Tinto⁸⁸; la idea según sus impulsores es la de continuar avanzando cada día involucrando más empresas interesadas en hacer parte de esta iniciativa, al igual que reguladores, inversores y miembros de la sociedad civil⁸⁹.

Nombre de los proyectos: Rafto Foundation Business and Human Rights program⁹⁰ y otras capacitaciones; en colaboración con el IHRB⁹¹

La responsabilidad corporativa en el respeto a los derechos humanos recibió un respaldo muy importante por parte de Naciones Unidas como se desprende de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, asimismo fueron soportados por parte de la Comisión de Derechos Humanos de esta misma institución y en definitiva se han convertido en un actor central en múltiples estándares e iniciativas como: la ISO 26000, el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Global Reporting Initiative (GRI), entre muchas otras.

Ahora bien, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos de manera general como como la Declaración de los Defensores de los Derechos

87 *Ibid.*

88 *Cfr.* Corporate Human Rights Benchmark. *Key Findings Report*, 2018. Consultado marzo 9, 2019. Disponible en <https://www.corporatebenchmark.org>. *Ver también* Corporate Human Rights Benchmark, Results Press Release, 2018. Consultado marzo 9, 2019. Disponible en <https://www.corporatebenchmark.org/2018-results-press-release>

89 *Cfr.* Corporate Human Rights Benchmark. *Why a Benchmark?* Consultado marzo 9, 2019. Disponible en <https://www.corporatebenchmark.org/why-benchmark>

90 *Cfr.* Rafto Foundation, *Our Work*. Consultado marzo 13, 2019. Disponible en <https://www.rafto.no/our-work/business-and-human-rights>

91 *Cfr.* Institute for Human Rights and Business. *About IHRB*. Consultado marzo 15, 2019. Disponible en <https://www.ihrb.org/about/about-home>

Humanos⁹² de manera más específica protegen a quienes se encargan de subrayar las transgresiones sobre los derechos humanos y hacer frente a los victimarios, provengan estos de gobiernos o de cualquier nivel de la sociedad dentro de los que se encuentran en algunas ocasiones las empresas, es en este contexto que quienes se dedican a esta importante labor de darnos a conocer estos peligros requieren de la más alta atención del mundo, actualmente los múltiples activistas sufren de un riesgo personal el cual limita su accionar en varias jurisdicciones⁹³.

Este programa ha decidido impulsar algunas iniciativas dirigidas a defensores de derechos humanos, empresas y escuelas de negocios entendiendo que el mejorar en la implementación de la responsabilidad corporativa de respeto a los derechos humanos resulta necesario a la hora de corregir los índices de dignidad humana y alcanzar una sostenibilidad social aceptable lo que a la postre respaldará la estabilidad social, en definitiva el desarrollo de capacidades juega un rol preponderante dentro de toda esta estrategia creando una concientización tanto en las empresas como en las mismas organizaciones defensoras de los derechos humanos⁹⁴.

Involucrados: la Fundación Rafto, en estrecha colaboración con IHRB, Cámara de Comercio de Bergen, la Universidad de Bergen, empresas y sociedad civil y la Norwegian School of Economics (NHH).

Ubicación: Seúl, Ginebra y Kampala y Noruega entre otros.

Enfoque del proyecto: existen una serie de acciones u omisiones de actores que resultan ser parte del sector privado y que terminan afectando los derechos humanos, desde el liderazgo empresarial hay mucho que hacer con miras a cambiar la perspectiva sobre quienes traen a la luz estas infracciones no resulten categorizados como enemigos de la industria y opositores al desarrollo, por el contrario se busca un cambio de perspectiva en donde sean apreciados como actores legítimos y reconociendo que poseen intereses comunes a los

92 *Cfr.* Declaration on Human Rights Defenders, 1984. Consultado marzo 10, 2019. Disponible en <<https://www.ohchr.org/en/issues/srhrdefenders/pages/declaration.aspx>>

93 *Cfr.* CAROTHERS, THOMAS y BRECHENMACHER, SASKIA. Closing Space: Democracy and Human Rights Support under Fire, Washington DC, Carnegie Endowment for International Peace, 2014, pp. 2 y ss. Ver también Institute for Human Rights and Business, *Top 10 Business & Human Rights Issues - Defending Rights Holders Challenging Power*, Jostein Hole Kobbeltvedt, Rafto Foundation. Consultado marzo 17, 2019. Disponible en <<https://www.ihrb.org/library/top-10/top-ten-issues-in-2019>>

94 *Cfr.* Rafto Foundation. *Our Work...*, cit.

empresariales fundamentados en el fortalecimiento del Estado de Derecho y el cumplimiento de estándares de transparencia⁹⁵.

Con base en lo anterior, se busca brindar múltiples formas de cooperación y diálogo continuo en escenarios que permitan crear un intercambio entre los defensores de los derechos humanos y los actores corporativos, además de aportar en la construcción de conocimiento y en el fortalecimiento de las capacidades de los mismos⁹⁶, refiriéndonos a las acciones desarrolladas en el entorno de estos programas encontramos la capacitación a defensores de derechos humanos en Seúl, Ginebra y Kampala, la participación en diálogos entre defensores y empresas, también se cuentan con un programa de formación de empresas ofrecido en asocio con el IHRB y el Máster en Negocios y Derechos Humanos ofrecido en cooperación con el Departamento de Política Comparada de la Universidad de Bergen, en esta misma dirección está en proceso de construcción la puesta en marcha de una plataforma dirigida a las cadenas de suministro internacionales y en la que hace parte la Escuela Noruega de Economía y la Cámara de Comercio de Bergen (Noruega), paralelamente también han organizado un congreso anual y el premio Rafto dirigido a exaltar la labor destacada de algunos de estos defensores⁹⁷. El trabajo realizado constantemente se encamina al aumento de la conciencia y el fortalecimiento de las capacidades de los trabajadores de distintas industrias, como ejemplo de los participantes se puede referenciar a la industria naviera noruega⁹⁸.

Mirando hacia el futuro: la meta es el de avanzar en la superación de la falsa dicotomía entre respeto a los derechos humanos o desarrollo y en el centro de esta labor esta la función de expandir el conocimiento y proveer información a los actores empresariales⁹⁹; por otro lado, resulta notorio el aumento

95 *Cfr.* Institute for Human Rights and Business *et al.* *Human Rights Defenders and Business: Searching for Common Ground*, Londres, IHRB, Front Line Defenders and Civil Rights Defenders, 2015, pp. 6-18. Consultado marzo 20, 2019. Disponible en <<https://www.ihrb.org/pdf/2015-12-Human-Rights-Defenders-and-Business.pdf>>

96 *Cfr.* Institute for Human Rights and Business. *Defending Rights Holders...*, cit.

97 *Cfr.* Rafto Foundation. *Our Work...*, cit. Ver también Rafto Foundation. *The Rafto Prize*. Consultado marzo 14, 2019. Disponible en <<https://www.rafto.no/the-rafto-prize-1>>

98 *Cfr.* Nor-Shipping. *Launch of "Mind the Gap Tour*. Consultado marzo 5, 2019. Disponible en <<http://www.nor-shipping.com/launch-mind-gap-tour>>

99 *Cfr.* International Service for Human Rights. *Ya no hagamos "negocios como siempre" cuando se trate de empresas y personas defensoras de derechos humanos*. Consultado marzo 8, 2019. Disponible en <<http://www.ishr.ch/news/ya-no-hagamos-negocios-como-siempre-cuando-se-trate-de-empresas-y-personas-defensoras-de>>

y continua aparición de nuevas guías cuyo objetivo central es el respeto a los derechos humanos por parte del sector privado, por dar un ejemplo podemos mencionar la guía denominada *Shared Space Under Pressure* creada por el BH-RRC y el International Service for Human Rights (ISHR), del 2018, que puede ser entendida a manera de instrumento de orientación sobre el apoyo que debe proveer el sector privado a las libertades y específicamente a los defensores de derechos¹⁰⁰.

Nombre del proyecto: Acercarse al Ciudadano: Elementos de un Sistema Integral de Remedio No-Judicial en Empresas y Derechos Humanos

La DUDH en su artículo 7 destaca la igualdad ante la ley y de la misma manera reafirma el derecho a la igual protección con la que todos contamos frente a la misma; más adelante el artículo 8 de la señala: “ Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes”; esta es la base que definitivamente determina la efectiva realización de muchos de los derechos consagrados en la Declaración, pero que para el caso de los países bajo escenarios de post-conflicto cobra una vital relevancia ya que el reto es aún mayor al buscar el fortalecimiento y construcción de un acceso igualitario sobre zonas en donde se sufrió un conflicto armado¹⁰¹.

Colombia es un país que infortunadamente ha debido pasar por este proceso y actualmente cuenta con muchos territorios en donde se debe recuperar el efectivo ejercicio de los derechos vulnerados y desatendidos, a diferencia de otras temáticas los estándares sobre la forma en que las empresas pueden aportar al posconflicto están en continua construcción, no obstante es innegable el determinante rol que juega el sector privado en toda esta recuperación, en un principio la compensación es la primera idea que viene a la cabeza pero realmente el aporte de las empresas va mucho más lejos en la construcción de

100 Cfr. BENNETT, FREEMAN, THORGEIRSSON, SIF, BARZELAY, ADELE *et al.* *Shared Space Under Pressure: Business Support for Civic Freedoms and Human Rights Defenders Guidance for Companies. Executive Summary*, Geneva, Business & Human Rights Resource Centre and the International Service for Human Rights, 2018. Consultado marzo 13, 2019. Disponible en <https://www.ishr.ch/sites/default/files/article/files/executive_summary_-_shared_space_under_pressure_-_business_support_for_civic_freedoms_and_human_rights_defenders_o.pdf>

101 Institute for Human Rights and Business. *Top 10 Business & Human Rights Issues - Forging Remedy in Post-Conflict Scenarios*, Germán Zarama, Centro Regional de Empresas y Emprendimientos Responsables (Creer). Consultado marzo 15, 2019. Disponible en <<https://www.ihrb.org/library/top-10/top-ten-issues-in-2019>>

la paz y es en este punto clave donde el Centro Regional de Empresas y Emprendimientos Responsables (Creer) con varios aliados han desarrollado una propuesta muy interesante vinculada a la construcción de mecanismos que permitan contribuir de manera local en la búsqueda de remedios efectivos para las afectaciones de los derechos en escenarios de posconflicto. La idea es aportar en la entrega de herramientas que presten atención a reclamos sobre posibles afectaciones en el marco de las operaciones de negocio que las adelantan las diferentes empresas¹⁰².

Involucrados: Centro Regional de Empresas y Emprendimientos Responsables (Creer) con el apoyo de la Embajada Británica en Colombia, Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales, IHRB, empresas y sociedad civil.

Ubicación: Colombia.

Enfoque del proyecto: iniciemos por decir que este proyecto se sustenta en dos importantes pilares el primero consiste en la ya mencionada aprobación realizada por parte del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de los Principios Rectores de Naciones Unidas en Empresas y Derechos Humanos en el 2011 el segundo es el Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresas (PNA) que data del año 2015^[103]; dentro de este último se reconoce directamente la necesidad de fortalecer la remediación efectiva ante una vulneración a los derechos humanos en el marco de las diferentes actividades que realizan las empresas en el territorio Colombiano, siendo una de estas opciones los “mecanismos no judiciales de remediación”¹⁰⁴.

El proyecto desarrolló una estrategia en la que se le da un valor al remedio apoyado en tres objetivos “el acceso, la atención y la no repetición” los cuales fueron desarrollados en planteamientos y propuestas concretas, en definitiva se trata de ofrecer un marco que soporte la construcción e implementación

102 *Cfr.* Institute for Human Rights and Business. *Forging Remedy in...*, cit.

103 Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresas 2015-2018. Consultado marzo 10, 2019. Disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/PNA_Colombia_gdic.pdf>. Ver también Consejería Presidencial para los Derechos Humanos: Derechos Humanos y Empresas. Consultado marzo 14, 2019. Disponible en <<http://www.derechoshumanos.gov.co/Prensa/Especiales/DerechosHumanosyEmpresa/index.html>>

104 *Cfr.* ZARAMA, GERMÁN, MIRANDA, CAMILA y ESCOBAR, CAROLINA. *Diagnóstico para la construcción de un sistema integral de remedio no-judicial en empresas y Derechos Humanos*, Bogotá, Centro Regional de Empresas y Emprendimientos Responsables (Creer), 2017, p. 5 y ss. Consultado marzo 20, 2019. Disponible en <<https://www.creer-ihrb.org/remedio>>

de una “política pública de remedio no judicial en Empresas y Derechos Humanos” y que vincule aspectos de tipo administrativos, jurídico normativos y operativos trabajados con: agencias de gobierno, empresas, autoridades locales y sociedad civil; en últimas, se busca implementar un sistema de tipo no judicial el cual cumpla las características de ser replicable, estandarizado, predecible, completo y articulado para garantizar en el marco de las actividades empresariales “el acceso, la atención y la no repetición de conflictos y/o afectaciones” sobre los derechos humanos¹⁰⁵.

Mirando hacia el futuro: en definitiva, mientras existan gobiernos que cuenten con espacios de su territorio en los que no puedan llevar la presencia del Estado en su totalidad, se necesitará de un sistema de reclamaciones no estatales o extrajudiciales que puedan servir de puente y colaboren en la corrección de fisuras en el conocimiento sobre afectaciones a los Derechos Humanos en estos escenarios¹⁰⁶. Es por lo anterior que la labor desarrollada por parte del Creer en el diagnóstico, implementación de capacitaciones locales, ejecución de proyectos piloto, creación de alertas tempranas, construcción de estándares y procesos claros resulta una labor muy relevante a la hora de poner en marcha todo un Sistema integral de remedio no-judicial en empresas y Derechos Humanos en el que convivan múltiples actores de tipo público y privado¹⁰⁷.

CONCLUSIONES

Primera: del análisis del significado de la actividad empresarial puede desprenderse que la misma es una actividad humana, lo que supone que puede desarrollarse de una mejor o peor manera, es decir, más o menos alta de moral o de respeto a los derechos de otros. Esto se vislumbra a través de los efectos que llega a tener la misma, tanto para sus accionistas como para otros interesados o *stakeholders*. En el fondo del análisis de la influencia de los derechos humanos en la actividad empresarial debe de tomar en cuenta el contraste por un lado de los intereses empresariales y por el otro el de las exigencias de derechos humanos, procurando generar equilibrios entre los mismos.

105 *Ibidem*, 16 y ss. Ver también Centro Regional de Empresas y Emprendimientos Responsables (Creer). *Hacia un sistema de remedio no-judicial en empresas y Derechos Humanos*, cit.

106 Cfr. Institute for Human Rights and Business. *Forging Remedy in...*, cit.

107 Cfr. Centro Regional de Empresas y Emprendimientos Responsables (Creer). *Hacia un sistema...*, cit.

Segunda: las empresas están obligadas a respetar derechos humanos, por un lado, porque los actos de particulares pueden tener efectos adversos en los derechos de otros, y por el otro porque, como actores no-estatales, pueden desarrollar actividades que impacten de manera adversa en las exigencias planteadas por los mismos tanto a nivel local como transnacional. De cualquier modo, la definición de sus obligaciones en la materia debe tomar en cuenta la relación entre las empresas y los Estados. Es por ello que, en el marco de las Naciones Unidas, los Principios Rectores procuran generar coordinación entre los dos ámbitos.

Tercera: no se puede abordar el tema de los derechos humanos en el ámbito de las empresas únicamente desde una postura abstracta. No es sólo “adoptar derechos humanos en general”, sino intentar generar contenido a las obligaciones de derechos humanos, para que las empresas puedan adoptarlas de manera clara. Esto por supuesto se logra a través de regulaciones, pero no puede confiarse únicamente en posturas externas, vinculantes o no, porque puede generarse hipertrofia normativa, sino que deben implementarse los derechos humanos a nivel interno.

Cuarta: el objetivo planteado en el texto, que se observa también en los proyectos particulares analizados, es el de procurar, con esquemas tanto de RSE como de REDH, que los derechos humanos sean integrados en el ámbito empresarial por medio de procesos de internalización, donde las empresas estén convencidas de su contenido y adecuación a sus intereses, porque de lo contrario su aparente carácter vinculante podría estar fundamentado solamente en la coerción. Además, la finalidad es que esto logre que los mismos adquieran un carácter central, y no solo colateral, en el ejercicio de la actividad empresarial y en la comprensión de sus intereses.

Quinta: como se expresó en el texto, por más que la REDH y la RSE ostentan ciertas diferencias relacionadas con sus perspectivas propias, origen y evolución, debemos destacar que en el campo de la protección de los Derechos Humanos ambas pueden resultar complementarias al contar con metas comunes dirigidas a crear aportes al resto de la sociedad.

Sexta: las maneras en que los actores empresariales pueden entrar a formar parte de iniciativas destinadas a fortalecer los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos son variadas. En el cuerpo del documento se expusieron algunos ejemplos enfocados a: la protección de los trabajadores migrantes, el mejoramiento de condiciones en los lugares de trabajo, el adecuado cumplimiento de los derechos humanos en el lugar de trabajo, el apoyo a la implementación de mecanismos de queja oportunos, la aplicación

de programas de capacitación y formación en REDH y la ejecución de proyectos que soporten la construcción de remedios efectivos para las afectaciones en escenarios de posconflicto. Estos ejemplos se presentan de manera enunciativa, pero no se debe desconocer que cada día surgen nuevas iniciativas que pueden aportar a la materia.

BIBLIOGRAFÍA

- BASU, KAUSHIK. *Una república fundada en creencias*, México, Grano de Sal, 2018.
- BENNETT, FREEMAN, THORGEIRSSON, SIF, BARZELAY, ADELE *et al.* *Shared Space Under Pressure: Business Support for Civic Freedoms and Human Rights Defenders Guidance for Companies September 2018 Executive Summary*, Geneva, Business & Human Rights Resource Centre and the International Service for Human Rights, 2018.
- BUSTOS, LUIS. The role of CSR policies focused on local content actions in host countries faced with governance gaps and mining operations, *Colección de estudios en Derecho Minero y Energético*, n.º 7, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- BUSTOS, LUIS y RODRÍGUEZ, MARIANA. Licencia social para operar. Comentarios desde la participación ciudadana y la responsabilidad social empresarial. En: LUGO, OSCAR, RODRÍGUEZ, MARÍA DEL PILAR y DIAZ, ROSA (eds.), *Regulación de servicios públicos y energía. Lecturas selectas*, México, Porrúa, 2016, pp. 197-220.
- CANTÚ, HUMBERTO. Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del *statu quo?*, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 13, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- CAROTHERS, THOMAS y BRECHENMACHER, SASKIA. *Closing Space: Democracy and Human Rights Support Under Fire*, Washington DC, Carnegie Endowment for International Peace, 2014.
- CARROLL, ARCHIE B. *et al.* *Corporate Responsibility. The American Experience*, Cambridge University Press, 2012.
- CHANDLER, J. A. *Public Policy and Private Interest; Ideas, Self-Interest and Ethics in Public Policy*, Croydon, Routledge, 2017.
- CLAPHAM, ANDREW. *Human rights obligations of non-state actors*, Oxford University Press, 2006.

- COPP, DAVID. *Morality in a Natural World: Selected Essays in Metaethics*, Cambridge University Press, 2007.
- CORTINA, ADELA. Las tres edades de la ética empresarial. En *Construir confianza; ética de la empresa en la sociedad de la información y las comunicaciones*, Madrid, Trotta, 2003.
- COTTLE, EDDIE y ROMBALDI, MAURICIO. *Lessons from South Africa's FIFA World Cup, Brazil and its Legacy for Labour*, Sudáfrica, University of the Witwatersrand (WITS), 2014.
- DAN-COHEN, MEIL. *Rights, Persons and Organizations: A Legal theory for Bureaucratic Society*, Los Ángeles, University of California Press, 1986.
- DYSCHKANT, ALEXIS. Legal Personhood: How we are Getting It Wrong, *University of Illinois Law Review*, n.º 5, vol. 2015, 2008.
- EASTERBROOK, FRANK H. y FISCHER, DANIEL R. *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1991.
- ELEGIDO, JUAN M. *Fundamentos de ética de empresa: la perspectiva de un país en desarrollo*, México, Ipade, 1998.
- ELEGIDO, JUAN. Responsabilidad social no equivale a ética empresarial. En: *30 dilemas éticos empresariales y otros textos*, Revista Istmo, Ipade, 2008.
- ENRÍQUEZ, JOSÉ MARÍA *et al.* *Educación plena en Derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 2014.
- FELDMAN, DAVID y MEISEL, DAVID. *Corporate and Commercial Law: Modern Developments*, Londres, Lloyd's of London Press, 1996.
- FREEMAN, MICHAEL. *Human Rights*, Cambridge, Polity Press, 2017.
- FRENCH, PETER. The Corporation as a Moral Person, *American Philosophical Quarterly*, vol. 16, n.º 3, julio, 1979.
- FRIEDMAN, MILTON. The responsibility of Business is to Increase Profits, *NYT Magazine*, 13 de septiembre de 1970.
- GARDBAUM, STEPHEN. Positive and Horizontal Rights: Proportionality's Next Frontier or a Bridge Too Far? En: JACKSON, VICKI C. y TUSHNET, MARK (eds.), *Proportionality: New Frontiers New Challenges*, Cambridge University Press, 2017.
- GÓMEZ PÉREZ, RAFAEL. *Ética empresarial*, 3.^a ed., Madrid, Rialp, 1999.

- HOLTSLAND, HESTER y HÖFTEN, ANKE. *Dutch Pension funds and forced labour – Speak up!* Utrecht, Dutch Association of Investors for Sustainable Development, 2018.
- HONGJU KOH, HAROLD. How Is International Human Rights Law Enforced? En: WESTON, BURNS H. y GREAR ANNA, *Human Rights in the World Community*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2016.
- JACKSON, KEVIN. *Virtuosity in Business; Invisible Law Guiding the Invisible Hand*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2012.
- KARLINER, JOSHUA. *The Corporate Planet; Ecology and Politics in the Age of Globalization*, San Francisco, Sierra Club Books, 1997.
- KHOURY, STÉFANIE y WHYTE, DAVID. *Corporate Human Rights Violations; Global prospects for legal action*, Londres, Routledge, 2017.
- LARREA MARTÍNEZ, GUILLERMO y VARGAS GARCÍA, SALOMÓN. *Apuntes de gobierno corporativo*, México, Porrúa, 2009.
- LEADER, SHELDON. Collateralism. En: BROWNSWORD, ROGER (ed.), *Global Governance and the Quest for Justice*, vol. IV, Portland, Hart Publishing, 2004.
- LEÓN PACHECHO, ROBERTO. Gobierno corporativo, ¿serán sostenibles y suficientes las buenas intenciones?, *Coyuntura: Análisis Económico y Social de Actualidad*, 2006.
- MAUREL, OLIVIER, BRABET, JULIENNE, et al. *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l’homme*, París, Commission nationale consultative des droits de l’homme, 2009.
- MOLINA VALENCIA, RICARDO, GONZÁLEZ MILLAN, ÓSCAR y NIÑO MENDIVELSO, ALEXANDER. Revisión epistemológica del gobierno corporativo y la Responsabilidad Social Empresarial, *Contexto*, vol. 6, n.º 44, 2018.
- PLATÓN. *La República*, 361c.
- RADU, MARES. *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, vol. 39, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- REQUENA, CARLOS y CÁRDENAS GUTIÉRREZ, SALVADOR. *Compliance Legal de la empresa; una tendencia regulatoria mundial*, México, Thomson Reuters, 2016.
- RODRIK, DANI. *The Globalization Paradox*, Oxford University Press, 2011.

ROMBALDI, MAURÍCIO. Labour, unions and mega-events. En: CUPPLES, JULIE, PALOMINO-SCHALSCHA, MARCELA y PRIETO, MANUEL (eds.), *The Routledge Handbook of Latin American Development*, Reino Unido, Routledge, 2018.

RUGGIE, JOHN GERARD. *Just Business*, Nueva York, W.W. Norton & Company, 2013.

SCHULZ, WILLIAM. *In our own best interest. How defending human rights benefits us all*, Boston, Beacon Press, 2002.

SEN, AMARTYA. *La idea de la justicia*, México, Taurus, 2013.

SPAEMANN, ROBERT. *Ética: cuestiones fundamentales*, 9.^a ed., Pamplona, Eunsa, 2010.

STUART, REES y WRIGHT, SHELLEY. *Human Rights, Corporate Responsibility*, Annandale, Pluto Press, 2000.

SULLIVAN, RORY y SEPPALA, NINA. From the inside looking out. A management perspective on human rights. En: SULLIVAN, RORY (ed.), *Business and Human Rights*, Greenleaf Publishing, 2003.

TALBOT, LORRAINE. *Critical Company Law*, Routledge-Cavendish, 2008.

THOMAS, JEAN. Our rights, but whose duties? Re-conceptualizing rights in the era of globalization. En: KAHANA, TSVI y SCOLNICOV, ANAT (eds.), *Boundries of State, Boundries of Rights*, Cambridge University Press, 2016.

WERHANE, PATRICIA. Corporate Moral Agency and the Responsibility to Respect Human Rights in the UN Guiding Principles: Do Corporations Have Moral Rights?, *Business and Human Rights Journal*, vol. 1, 2015.

ZARAMA, GERMÁN, MIRANDA, CAMILA y ESCOBAR, CAROLINA. *Diagnóstico para la construcción de un sistema integral de remedio no-judicial en empresas y derechos humanos*, Bogotá, Centro Regional de Empresas y Emprendimientos Responsables (Creer), 2017.

OTRAS FUENTES

Borrador cero del instrumento jurídicamente vinculante que regule, en el marco del derecho internacional relativo a los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas (tratado vinculante), 16 de julio de 2018.

BWI. Building and Wood Workers' International. Consultado marzo 15, 2019. Disponible en <https://www.bwint.org/es_ES/cms/acerca-de-2>

- Centro Regional de Empresas y Emprendimientos Responsables (Creer). *Hacia un sistema de remedio no-judicial en empresas y derechos humanos*. Consultado marzo 11, 2019. Disponible en <<https://www.creer-ihrb.org/remedio>>
- Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Comentario General 24, E/C.12/GC/24*, 10 de agosto de 2017, párrafo 22.
- Consejería Presidencial para los Derechos Humanos. *Derechos Humanos y empresas*. Consultado marzo 14, 2019. Disponible en <<http://www.derechoshumanos.gov.co/Prensa/Especiales/DerechosHumanosYEmpresa/index.html>>
- Consejería Presidencial para los Derechos Humanos. *Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresas 2015-2018*, 2015. Consultado marzo 10, 2019. Disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/PNA_Colombia_9dic.pdf>
- Consejo Coordinador Empresarial (CCE México). *Código de Mejores Prácticas Corporativas*, 2006, principios 2, 5 y 6.
- Corporate Human Rights Benchmark. *2018 Key Findings Report*. Consultado marzo 9, 2019. Disponible en <<https://www.corporatebenchmark.org>>
- Corporate Human Rights Benchmark. *2018 Results Press Release*. Consultado marzo 9, 2019. Disponible en <https://www.corporatebenchmark.org/2018-results-press-release>
- Corporate Human Rights Benchmark. *Who we are*. Consultado marzo 9, 2019. Disponible en <<https://www.corporatebenchmark.org/who-we-are>>
- Corporate Human Rights Benchmark. *Why a Benchmark?* Consultado marzo 9, 2019. Disponible en <<https://www.corporatebenchmark.org/why-benchmark>>
- Declaration on Human Rights Defenders, 1984. Consultado marzo 10, 2019. Disponible en <<https://www.ohchr.org/en/issues/srhrdefenders/pages/declaration.aspx>>
- Institute for Human Rights and Business *et al. Human Rights Defenders and Business: Searching for Common Ground*, London, IHRB, *Front Line Defenders and Civil Rights Defenders*, 2015, 6-18. Consultado marzo 20, 2019. Disponible en <<https://www.ihrb.org/pdf/2015-12-Human-Rights-Defenders-and-Business.pdf>>
- Institute for Human Rights and Business. *About IHRB*. Consultado marzo 15, 2019. Disponible en <<https://www.ihrb.org/about/about-home>>

Institute for Human Rights and Business. *Top 10 Business & Human Rights Issues – Defending Rights Holders Challenging Power*, Jostein Hole Kobbeltvedt, Rafto Foundation. Consultado marzo 17, 2019. Disponible en <<https://www.ihrb.org/library/top-10/top-ten-issues-in-2019>>

Institute for Human Rights and Business. *Top 10 Business & Human Rights Issues – Ensuring Dignity While Building Infrastructure, Ambet Yuson, Building and Wood Workers' International*. Consultado marzo 10, 2019. Disponible en <<https://www.ihrb.org/library/top-10/top-ten-issues-in-2019>>

Institute for Human Rights and Business. *Top 10 Business & Human Rights Issues – Forging Remedy in Post-Conflict Scenarios*, Germán Zarama, Centro Regional de Empresas y Emprendimientos Responsables (Creer). Consultado marzo 15, 2019. Disponible en <<https://www.ihrb.org/library/top-10/top-ten-issues-in-2019>>

Institute for Human Rights and Business. *Top 10 Business & Human Rights Issues – Measuring Performance to Move Shareholders*, Steve Waygood, Aviva Investors. Consultado marzo 10, 2019. Disponible en <<https://www.ihrb.org/library/top-10/top-ten-issues-in-2019>>

Institute for Human Rights and Business. *Top 10 Business & Human Rights Issues – Safeguarding Rights of Workers on the Move*, William Gois, Migrant Forum in Asia. Consultado marzo 2, 2019. Disponible en <<https://www.ihrb.org/library/top-10/top-ten-issues-in-2019>>

International Labour Organization (ILO). *New online ratings help migrant workers avoid unscrupulous recruiters*. Consultado marzo 15, 2019. Disponible en <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_625204/lang-en/index.htm>

International Labour Organization (ILO). *Tripartite Meeting of Experts on Defining Recruitment Fees and Related Costs*. Consultado marzo 15, 2019. Disponible en <https://www.ilo.org/global/topics/labour-migration/events-training/WCMS_632651/lang-en/index.htm>

International Service for Human Rights. *Ya no hacemos “negocios como siempre” cuando se trate de empresas y personas defensoras de derechos humanos*. Consultado marzo 8, 2019. Disponible en <<http://www.ishr.ch/news/ya-no-hagamos-negocios-como-siempre-cuando-se-trate-de-empresas-y-personas-defensoras-de>>

Nor-shipping. Launch of “Mind the Gap Tour”. Consultado marzo 5, 2019. Disponible en <<http://www.nor-shipping.com/launch-mind-gap-tour>>

Rafto Foundation. Our Work. Consultado marzo 13, 2019. Disponible en <<https://www.rafto.no/our-work/business-and-human-rights>>

Rafto Foundation. The Rafto Prize. Consultado marzo 14, 2019. Disponible en <<https://www.rafto.no/the-rafto-prize-1>>

Revista *Decade One*. Building and Wood Workers' International (BWI), 2017. Consultado marzo 17, 2019. Disponible en <https://www.bwint.org/web/content/cms.media/1201/datas/DecadeOne_EN.pdf>

Revista *Impakter*. The Voice of the Working People: An Interview with Sharan Burrow (2019). Consultado marzo 19, 2019. Disponible en <<https://impakter.com/the-voice-of-the-working-people-an-interview-with-sharan-burrow>>

Workers' International. Consultado marzo 10, 2019. Disponible en <<https://www.ihrb.org/library/top-10/top-ten-issues-in-2019>>

JIMENA SIERRA-CAMARGO*

CAPÍTULO 7

*Los desafíos del Estado constitucional colombiano frente
al sistema internacional de arbitraje de inversiones
inversionista-Estado: el caso de Marmato (Caldas)*

RESUMEN

El objeto de este capítulo es analizar desde una perspectiva crítica la tensión entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos en el marco del Estado constitucional colombiano, a partir del conflicto entre los mineros tradicionales que realizan minería a pequeña escala y las compañías mineras canadienses que llegaron al municipio de Marmato (Caldas) desde la década de los noventa. Debido a las serias implicaciones que ha traído este conflicto sobre la vida de las comunidades allí asentadas y sobre su “territorialidad”, el caso fue llevado ante la jurisdicción constitucional colombiana. Esto a su vez implicó la activación del sistema internacional de arbitraje de inversiones inversionista-Estado (ISDS), con lo cual se propició lo que la doctrina ha denominado un enfriamiento o congelamiento regulatorio, llevando a las autoridades a inhibirse de actuar conforme a sus obligaciones, so pena de incurrir en exorbitantes sanciones ante el ISDS. Finalmente, a partir del análisis de este caso se analiza cómo se valieron los inversionistas canadienses del discurso de la “licencia social” de las comunidades para llevar a cabo el proyecto minero, y los efectos contraproducentes que se produjeron con la utilización de ese discurso.

Palabras clave: inversión extranjera, Estado constitucional, comunidades, minería, Marmato.

THE CHALLENGES OF THE COLOMBIAN CONSTITUTIONAL STATE BEFORE THE INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT (ISDS): THE CASE OF MARMATO (CALDAS)

ABSTRACT

The purpose of this chapter is to analyse, from a critical perspective, the tension between international investment law and international human rights law within the framework of the Colombian constitutional state, focusing on the conflict between traditional small-miners and the Canadian mining corporations settled in Marmato (Caldas) since the nineties. Taking into account

* PhD en Derecho de la Universidad del Rosario y magíster en Sociología Jurídica de la Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Investigadora visitante del Transnational Law Institute (TLI), King's College London y del Centre for Critical International Law (CeCIL), Kent Law School. Profesora de Derecho de la Integración en la Universidad del Rosario. Correo: <jimenasierra@gmail.com>

the serious implications of this conflict on the life of the communities and on their “territoriality”, this case was brought before the Colombian constitutional jurisdiction. This in turn caused the activation of the investor-state dispute settlement (ISDS), which caused what the doctrine has called a “regulatory chilling”, leading the authorities to restrict their regulatory capacity to avoid exorbitant sanctions before the ISDS. Likewise, this chapter also aims to analyse how Canadian investors used the discourse of the “social license” of the communities to carry out the mining project, and the counterproductive effects caused by that discourse.

Key words: Foreign investment, constitutional State, communities, mining, Marmato.

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas uno de los problemas de mayor complejidad que han debido enfrentar los Estados constitucionales del sur global es el del surgimiento de los llamados “conflictos socioambientales” derivados de la intensificación de actividades de extracción a gran escala de recursos naturales en sus territorios. La creciente realización de tales actividades ha sido posible, en parte, por la adecuación de los marcos institucionales y legales de los mismos Estados que han facilitado las condiciones y requisitos para su desarrollo por parte de inversionistas extranjeros.

Desde finales de la década de los noventa, en Colombia y en otros países de América Latina se realizaron bajo el auspicio del Banco Mundial¹ una serie de reformas legales en el sector minero que implicaron el ajuste de sus Constituciones, la expedición de nuevos códigos mineros y la creación de regímenes de promoción y protección de la inversión extranjera. Estos marcos jurídicos facilitaron la participación de compañías mineras transnacionales en la realización de ese tipo de actividades, dando lugar con ello a un auge de las llamadas “industrias extractivas”.

1 Banco Mundial y Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. Documento técnico del Banco Mundial n.º 345S: *Estrategia minera para América Latina y el Caribe*, División de Industria y Minería, Departamento de Industria y Energía, 1997.

El creciente número de consultas populares en Colombia en torno a este tipo de conflictos², así como la activación de otros mecanismos jurídicos como la consulta previa³ y la promoción de acciones de movilización social, responde a la intensificación de las tensiones que se han producido por el modelo minero adoptado por el Estado colombiano, el cual está orientado primordialmente a la exportación de materias primas en el marco de una lógica de acumulación intensiva y de explotación de recursos a gran escala. Los conflictos que se han producido en el marco de la dicotomía de un “Estado extractivista” vs. un “Estado fallido”⁴ envuelven tensiones de diversa índole en las que las comunidades han resultado afectadas de diferentes maneras. Sin embargo, tales conflictos también tienen en común que la idea de “desarrollo” promovida por el Gobierno colombiano y por las compañías transnacionales bajo la política minera, se superpone a otras visiones del desarrollo que defienden los grupos y comunidades que están asentados en los territorios que son objeto de las actividades de explotación.

En este contexto, más conocido como el “boom minero”, se produjo una amalgama entre el derecho constitucional y el derecho internacional de las

-
- 2 Desde el 2011, en aproximadamente 29 municipios se ha acudido a la figura de las consultas populares por conflictos derivados de proyectos a gran escala de hidrocarburos y minería, incluyendo proyectos de minería de oro. El propósito de estas consultas es preguntarle a los habitantes de los lugares objeto de extracción si están de acuerdo o no con la realización de las actividades mineras en su municipio. Entre los municipios que han acudido a este mecanismo se encuentran: Piedras (Tolima), Tauramena (Casanare), Monterrey (Casanare), Pijao (Quindío), Pueblo Rico (Antioquia), Ibagué (Tolima), Gachantivá (Boyacá), Cajamarca (Tolima), Cabrera (Cundinamarca), Cumaral (Meta), Arbeláez (Cundinamarca), Pasca (Cundinamarca), Oporapa (Huila), Cogua (Cundinamarca), Jesús María (Santander), Carmen de Chucurí (Santander), El Peñón (Santander), Sucre (Santander), Granada (Meta), Córdoba (Quindío), La Macarena (Meta), San Lorenzo (Nariño), Concordia (Antioquia), La Vega (Cauca), Mercaderes (Cauca), Sucre (Cauca), San Martín (Cesar), San Alberto (Cesar).
 - 3 Según el Ministerio del Interior, en el 2014 el número de consultas previas que se realizaban por año en Colombia superaba las 2200, de las cuales aproximadamente el 30 % correspondía a proyectos mineros. Esta cifra equivale a más del doble del número de consultas que se realizaron entre los años 2003 y 2010, cuyo número ascendía a aproximadamente a 750 consultas anuales. Véase: Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa, Sala de Prensa. *En Colombia se hacen más de 2000 consultas al año*, 20 de febrero de 2014. Disponible en <<https://www.mininterior.gov.co/sala-de-prensa/noticias/en-colombia-se-hacen-mas-de-2000-consultas-previas-al-ano>>
 - 4 Departamento Nacional de Planeación. *Hacia la prosperidad democrática. Visión 2010-2014, Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. Prosperidad para todos. Más empleo, menos pobreza y más seguridad*, Imprenta Nacional de Colombia, 2011, p. 21.

inversiones que ha servido como incentivo para la inversión extranjera en el sector minero en Colombia⁵. Las especiales condiciones orientadas a proteger los derechos y las expectativas de los inversionistas implicó la firma y aprobación de aproximadamente veinticinco acuerdos internacionales de inversión (AII), entre tratados bilaterales de inversión (TBI) y tratados de libre comercio (TLC) con capítulos de inversiones⁶ mediante los cuales se avalaron los estándares de comportamiento para el Estado colombiano y el sistema de solución de controversias al que este se sometería en caso de incumplimiento de los acuerdos firmados. Las amplias cláusulas contenidas en dichos acuerdos han sido el vehículo que ha permitido cristalizar las condiciones de seguridad jurídica y de predictibilidad requeridas por los inversionistas.

El conflicto entre las obligaciones derivadas del régimen de promoción y protección de la inversión extranjera y de otros campos del derecho, como el derecho internacional de los derechos humanos, se ha visto reflejado principalmente en la tensión que se ha producido a causa de las decisiones de autoridades nacionales como la Corte Constitucional colombiana que han protegido a las comunidades afectadas con los proyectos de inversión, los cuales a su vez están amparados en los AII ratificados por el Gobierno colombiano. Estas decisiones también han provocado en el ámbito interno la activación del efecto conocido como *regulatory chill* o “enfriamiento regulatorio”, con el cual se busca inhibir la capacidad de las autoridades nacionales de actuar conforme a sus obligaciones constitucionales e internacionales como las que protegen los derechos humanos de las comunidades, so pena de incurrir en posibles “incumplimientos” ante el sistema internacional de inversiones y de causar nuevas demandas ante el Sistema de Arbitraje de Inversiones Inversionista-Estado (ISDS, por sus siglas en inglés).

De los once casos que existen actualmente en contra del Estado colombiano ante el ISDS, incluyendo las demandas y las notificaciones de demandas, cinco versan sobre disputas por recursos naturales⁷. Dado el aumento en el número

5 Véase: VELÁSQUEZ RUIZ, MARCO ALBERTO. *The Colliding Vernacullars of Foreign Investment Protection and Transnational Justice in Colombia: A Challenge for the Law in a Global Context*, tesis doctoral, York University - Osgoode Hall University School. Mayo de 2016.

6 Véase: <<https://investmentpolicyhubold.unctad.org/IIA/CountryBits/45#iiaInnerMenu>>

7 Véase: Las 10 demandas internacionales que Duque deberá enfrentar. Suman US\$5.000 millones, equivalentes de dos reformas tributarias. Defensa vale US\$5millones, *El Tiempo*, 30 de junio de 2018. Disponible en <<http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/las-demandas-internacionales-que-duque-debera-enfrentar-238000>>

de demandas durante los últimos años en contra del Estado colombiano ante el ISDS, varias de ellas causadas por disputas que están asociadas a la extracción de recursos naturales, y teniendo en cuenta las serias consecuencias que han traído los proyectos impulsados por los inversionistas para las comunidades, contribuir al análisis de este problema desde una perspectiva crítica reviste una especial importancia.

En este orden de ideas, en este capítulo se analizará el caso del conflicto entre los mineros tradicionales del municipio de Marmato y la compañía canadiense Gran Colombia Gold, que en el año 2017 anunció que demandaría al Estado colombiano ante el ISDS por la suma de US\$700 por el supuesto incumplimiento del Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Colombia y Canadá que entró a regir en el año 2011^[8]. La demanda que fue registrada el 2 de julio de 2018 ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi) se apoya en el capítulo 8 del TLC entre Colombia y Canadá y específicamente en los artículos 805.2 (denegación de justicia), 805.1 (protección y seguridad plenas) y 811 (expropiación indirecta).

Al respecto, cabe señalar que, si bien existen otros conflictos igualmente llamativos y controversiales también derivados de proyectos de minería de oro a gran escala, tales como: el de Mandé Norte en el Departamento del Chocó impulsado por la compañía Muriel Mining Corporation⁹, el del parque natural Yaigojé Apaporis en el Amazonas promovido por la compañía Cosigo Resources¹⁰, el del Páramo de Santurbán en el Departamento de Santander promovido por la compañía Eco Oro Minerals (antes Greystar)¹¹ o el de La Colosa en el Departamento del Tolima que fue impulsado por la compañía AngloGold Ashanti¹², el conflicto del municipio de Marmato que se analiza en este capítulo es de especial relevancia para efectos del análisis que acá se hace.

8 SALAZAR, SEBASTIÁN. El Estado, el pueblo y los inversionistas en pugna: el caso Marmato y otros similares, *Portal Razón Pública*, 23 de abril de 2017. Disponible en <<https://www.razonpublica.com/index.php/econom-y-sociedad-temas-29/10197-el-estado,-el-pueblo-y-los-inversionistas-en-pugna-el-caso-marmato-y-otros-similares.html>>

9 Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-769 de 2009. M. P. Nilson Pinilla Pinilla. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-769-09.htm>>

10 Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-384A de 2014. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-384a-14.htm>>

11 Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-361 de 2017. M. P. Alberto Rojas Ríos. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-361-17.htm>>

12 SÁNCHEZ GARCÍA, DIANA PATRICIA. El conflicto por la producción del territorio en el caso del

A diferencia de conflictos como algunos de los atrás mencionados, en el caso de Marmato la minería no era un elemento nuevo en la dinámica del municipio, por tratarse de un pueblo tradicionalmente minero. Sin embargo, el tipo de minería que se quiere introducir por las compañías canadienses que llegaron a Marmato desde finales del siglo XX implica una profunda alteración en la forma de vida de las comunidades allí asentadas, en su visión del desarrollo y en la forma tradicional de hacer minería.

Aunque en este caso no había un rechazo a la actividad de la minería *per se* debido a la tradición minera del municipio, la llegada de las compañías canadienses a Marmato en el marco del llamado “boom minero” también provocó, al igual que en otros casos, una profunda afectación de los derechos de las comunidades allí asentadas y la transformación de sus formas de vida y visiones del desarrollo, las cuales a su vez están estrechamente ligadas a la manera en la que se ha realizado minería en el municipio de manera tradicional y difieren de la noción de desarrollo impulsada por las compañías extranjeras que han llegado en los últimos años.

Esto se explica porque la forma de hacer minería de las nuevas compañías mineras responde a una lógica primordialmente económica, de acumulación y de extracción de recursos a gran escala, y deja de lado el elemento de la “territorialidad”, que es la forma como se define la relación de arraigo e identidad que tienen los habitantes de Marmato con su territorio y que va más allá de una dimensión meramente económica¹³. Sin embargo, a pesar de las graves

proyecto minero La Colosa, Tolima, Colombia. En: GÖBEL, BARBARA y ULLOA, ASTRID (eds.). *Extractivismo minero en Colombia y América Latina*. Grupo de Cultura y Ambiente, Universidad Nacional de Colombia, e Ibero-Amerikanisches Institute, 2014, pp. 347-385.

- 13 Siguiendo la clasificación de Lefebvre en el marco de la idea de la producción del espacio que retoma Haesbaert, para los marmateños, como se conoce a los habitantes de Marmato, la relación con el territorio no sería una simple relación de ‘dominación’, como la que establecen las compañías mineras transnacionales con el territorio, sino que constituiría una relación de ‘apropiación’ por los términos simbólicos y culturales en que se presenta. Véase: LEFEBVRE, HENRI. *The production of space*, Blackwell Publishing, 2007 [1974]; HAESBAERT, ROGÉRIO. Dos múltiplos territórios á multiterritorialidade, *Porto Alegre*, septiembre de 2004. Disponible en <http://www.uff.br/observatoriojovem/sites/default/files/documentos/CONFERENCE_Rogério_HAESBAERT.p.df>; BUITRAGO, EMERSON. Una historia y una vida alrededor del oro: territorialidad y minería en el municipio de Vetas, Santander, Colombia. En: GÖBEL y ULLOA, *Extractivismo minero en Colombia y América Latina. Perspectivas ambientales*, cit., pp. 321-345; SIERRA-CAMARGO, XIMENA. *La criminalización de la minería a pequeña escala y la transnacionalización de la pena. Marmato: una lectura desde la perspectiva de la criminología crítica en el marco del debate penalidad y racionalidad neoliberal*, Minería y desarrollo. Minería y comunidades.

implicaciones sociales y económicas que han tenido lugar en el municipio con el arribo de las compañías canadienses a Marmato, los inversionistas demandantes en este caso se encuentran amparados por las prerrogativas que les ha reconocido el ordenamiento jurídico colombiano, especialmente a través del sistema de promoción y protección de la inversión extranjera.

En este orden de ideas, el conflicto de Marmato que se describe en este capítulo permite ilustrar a partir de un caso en concreto la tensión entre el derecho de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos en el marco del Estado constitucional colombiano. A partir de la reconstrucción que se hace del conflicto que surgió en Marmato con la llegada de la inversión canadiense al municipio, también se quiere analizar el surgimiento y la dinámica de la relación entre las compañías canadienses y la comunidad marmateña que resultó afectada por las acciones de estas compañías que estaban avaladas a su vez por las autoridades nacionales.

En términos metodológicos, este capítulo hace parte de una investigación cualitativa más amplia de tipo socio-jurídico en la que, por un lado, se llevó a cabo una serie de entrevistas semiestructuradas a actores clave que participaron en el conflicto al que se hace referencia, y en la que, por otro lado, se realizó un trabajo de observación participante a partir de cinco visitas que se realizaron al municipio entre el 2014 y el 2018. Estos métodos se articularon con otras formas de recolección y análisis de información que también se emplearon para dicha investigación, como el análisis documental, la descripción genealógica y el trabajo de archivo. En este sentido, para efectos de este capítulo se van a utilizar específicamente algunas de las entrevistas que se realizaron en la investigación referida y que están orientadas a comprender el conflicto particular que acá se describe en el que intervienen tanto la jurisdicción constitucional colombiana como el ISDS.

En las siguientes secciones se explicará: primero, cómo se produjo la llegada de los inversionistas canadienses al municipio de Marmato y que consecuencias trajo tanto para las comunidades como para las compañías; segundo, cuál fue la disputa a partir de este caso entre la minería tradicional y la minería a gran escala que se elevó a la jurisdicción constitucional; y tercero, cómo este caso contribuyó a la activación del mecanismo del “congelamiento regulatorio” debido a la notificación de demanda de la compañía Gran Colombia Gold en

Impactos, conflictos y participación ciudadana, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 183-226.

contra del Estado colombiano. Finalmente se presentarán algunas conclusiones a partir del análisis del caso planteado.

I. LA LLEGADA DE LA INVERSIÓN CANADIENSE A MARMATO

I. I. EL “ABANDONO” DEL ESTADO A LA GRAN MINERÍA CANADIENSE

A finales de los años noventa en el marco del llamado “boom minero” llegaron al municipio de Marmato varias compañías canadienses con el propósito de construir una mina a cielo abierto. Este proyecto trajo consigo varios conflictos al municipio debido a que la construcción de dicho proyecto implicaba trasladar a todo el pueblo y transformar radicalmente la forma tradicional de hacer minería en Marmato, la cual estaba vinculada principalmente a una actividad minera de pequeña escala.

También es importante resaltar que en este municipio cuyas minas fueron pignoradas a comienzos del siglo XIX por la naciente República de Colombia a cambio de una serie de empréstitos realizados por los inversionistas británicos para poder financiar las guerras de independencia, durante la segunda mitad del siglo XX, justo antes de la llegada de las compañías canadienses, y por casi cincuenta años, se vivió un periodo de relativa calma en Marmato. Por un lado, en la década de los años cincuenta, una vez finalizada la hegemonía de los inversionistas británicos que permanecieron durante casi un siglo y medio en la región, se emitió una serie de normas orientadas a crear un régimen de convivencia que estableció la división del cerro minero de Marmato entre la parte alta y la parte baja, donde la parte alta estaba destinada a la pequeña minería y la parte baja a la mediana minería¹⁴.

14 Congreso de la República de Colombia. Ley 66 de 1946, por la cual se dictan unas disposiciones sobre las minas de Marmato; Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2223 de 1954, por el cual se dictan algunas normas para la contratación de las minas nacionales de Marmato; Congreso de la República de Colombia. Ley 2 de 1958, por la cual se da provisionalmente fuerza de ley a algunas disposiciones y se crea una comisión interparlamentaria; Congreso de la República de Colombia. Ley 41 de 1961, por la cual se adopta una legislación de emergencia y se dictan otras disposiciones.

Esas normas subsistieron durante toda la segunda mitad del siglo XX que se caracterizó por la construcción del llamado “Estado desarrollista”¹⁵ y bajo el cual se emitió una política en el sector minero que permitía al Estado participar directamente de la renta minera, realizando actividades de explotación y de extracción de recursos y asociándose para la realización de este tipo de actividades con actores privados. Sin embargo, desde finales del XX, en concordancia con el modelo económico de libre mercado que se instituyó en todo el mundo después de la caída del muro de Berlín y que en Colombia se empezó a incorporar a partir de la política de “apertura económica” bajo el gobierno de César Gaviria Trujillo (1990-1994), se produjo un cambio del régimen minero que dio lugar a una transición del “Estado operador” al “Estado regulador” y que se caracterizó por la privatización y disolución de empresas estatales del sector. Este periodo es recordado por la comunidad marmateña como el “abandono” del Estado.

En este contexto, se expidió la Ley 2.^a de 1990 por medio de la cual se liquidó la empresa Ecominas, que fue reemplazada por Mineralco S. A., y que posteriormente se fusionó con Ecocarbón, dando lugar a su vez a la creación de Minercol Ltda. Esta empresa terminó administrando varias de las minas de Marmato hasta el año 2004 cuando se produjo la supresión, liquidación y disolución definitiva de la empresa estatal administradora de minas por medio del Decreto 252 de 2004. De esta manera se materializó la decisión que se adoptó en el marco de una política minera global y que estableció que el Estado no podía seguir siendo socio en la renta minera y que los ingresos para el ente estatal derivados de las economías extractivas se restringirían a un canon superficial en la etapa de exploración y a las regalías en la etapa de explotación¹⁶.

Con la expedición del código de minas de 2001^[17], cuando se consolidó en Colombia esta idea del Estado regulador, el papel del Estado en la zona minera

15 Véase: CHANG, HA-JOON. *The Economic Theory of the Developmental State*. En: WOO-CUMINGS, MEREDITH. *The developmental State*, Cornell University Press, 1999; JOHNSON, CHALMERS. *The developmental State: Odyssey of a Concept*. En: WOO-CUMINGS, MEREDITH. *The developmental State*, Cornell University Press, 1999; ESLAVA, LUIS. *Local space, global life the everyday operation of international law and development*, Cambridge University Press, 2015.

16 ORREGO PÉREZ, VIVIANA ANDREA. Alineación del Estado colombiano en función del interés de la minería multinacional. En: BEDOYA, MARÍA ROCÍO (ed.). *Marmato: disputa por el oro y el territorio*, Universidad de Antioquia, 2017, p. 52.

17 Congreso de la República de Colombia. Ley 685 de 2001, por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones.

de Marmato se concentró principalmente en el otorgamiento de títulos y en la fiscalización de la actividad minera a través de entidades como Ingeominas y la Delegación Minera de Caldas. Con la entrada en vigencia del nuevo código de minas con la Ley 685 de 2001 se estableció la regla de que eran los particulares quienes podían realizar las actividades de exploración y explotación de minerales, eliminando la posibilidad que traía el anterior código de minas de que el Estado también podía llevar a cabo las actividades mineras. En efecto, el nuevo código llevó a limitar del papel del Estado en la actividad minera y priorizó el “contrato de concesión” que es la figura contractual que se utiliza por excelencia en contextos coloniales y poscoloniales por la prelación que les otorga a los inversionistas extranjeros¹⁸, y finalmente eliminó el “contrato de aporte”. De esta manera, el Estado perdió la potestad de decidir si contrataba a un tercero o exploraba y explotaba directamente los recursos mineros por medio de entidades como Minercol o Mineralco.

Los habitantes del municipio de Marmato se refieren a este periodo como el “abandono” del Estado, haciendo alusión al tiempo en el que se produjo la liquidación definitiva de las empresas estatales mineras y el Estado dejó de operar directamente varias plantas de beneficio en las que se procesaba el material extraído, tales como las plantas de “El Colombiano”, “Santa Cruz” y “Cien Pesos”. Al respecto, Mario Tangarife, vicepresidente de la Asociación de Mineros Tradicionales de Marmato (Asomitrama), explica lo siguiente:

[...] De un momento a otro el gobierno empezó a abandonar todo. Yo pienso que ya ellos sabían lo que se venía. Venían las multinacionales. Venían las transnacionales a trabajar. Y pues de pronto pensaron que ellos yéndose del pueblo, era más fácil que una multinacional entrara. Y así sucedió [...]. Entonces el gobierno

18 El autor Muthucumaraswamy Sornarajah señala que históricamente el contrato de concesión que ha sido utilizado en contextos típicamente coloniales y (pos)coloniales se ha caracterizado por ciertas particularidades, tales como: operar durante periodos considerables que equivalen usualmente a más de medio siglo; establecer condiciones que les permitan a las compañías tener cierta inmunidad frente a las posibles injerencias del Estado; establecer el pago de regalías a cambio de la realización de las actividades de extracción; contener las llamadas ‘cláusulas de estabilización’ para congelar las condiciones estipuladas en la ley en el momento de la firma del contrato frente a posibles cambios por eventuales coyunturas; introducir otro tipo de cláusulas que tienen por objeto excluir la aplicación de las leyes internas del país de acogida y restringir las posibles modificaciones en estas leyes, sometiendo el contrato a normas más abstractas como los ‘principios generales del derecho’ o las ‘directrices que prevalecen en la industria’. Véase: SORNARAJAH, MUTHUCUMARASWAMY. *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2010, pp. 38-41; 191-193; 279-289.

se va. Yo creería que el gobierno, ¿qué pensarían ellos pues? ¡A ver! Si estamos nosotros ahí es difícil porque van a entrar es a trabajar con nosotros. Si nosotros nos vamos y dejamos que los mineros se desorganicen, se desordenen, pues ya entra la multinacional más fácil a negociar con ellos, ellos en su desespero porque no tienen donde moler (...) va a ser más fácil para la empresa [...]. Ya no estaba el Estado, ya los mineros no tenían donde conseguir sus cosas, no tenían donde moler. Ya los molinos estaban muy dañados, muy acabados porque nadie se hacía responsable del molino [...]¹⁹.

Por otro lado, Gloria Lopera explica que ese “abandono” estatal se tradujo a su vez en el aumento de los conflictos en la región. Según esta autora, el desplazamiento de la institucionalidad minera que se había venido consolidando en Marmato, aun cuando de manera frágil desde la década de los años cuarenta, y que operaba a la luz de un régimen especial sobre las minas de Marmato primero bajo la figura del director general y luego del administrador de las Minas Nacionales de Marmato, produjo la exacerbación de los conflictos mineros en la región²⁰.

Con el desmonte gradual de la institucionalidad minera en Marmato, la relación directa que existía entre los mineros y el Estado, representado por las autoridades que estaban presentes en el municipio, se empezó a desvanecer. De esta manera, las decisiones sobre la regulación y ordenamiento del territorio minero “pasaron a depender de funcionarios que ejercían un control cada vez más remoto de la situación y que en muchos casos solo tenían un conocimiento del territorio mediado por los informes técnicos de los funcionarios que de manera esporádica eran comisionados para hacer visitas de inspección y seguimiento a las minas”²¹.

El minero marmateño Johan Bolaños explica cómo se vivió ese desmonte de la institucionalidad estatal minera en el municipio, en los siguientes términos:

El Ministerio de Minas y Energía tenía una representación aquí permanente [...]. Ellos hacían las visitas periódicas a las minas, reglamentaban la cuestión del

19 Entrevista realizada al minero Mario Tangarife, vicepresidente de la Asociación de Mineros Tradicionales de Marmato (Asomitrama), el 14 de octubre de 2017.

20 LOPERA, GLORIA. La parte alta del cerro es para los pequeños mineros. Sobre la vigencia del régimen minero especial para Marmato y su influencia en la construcción de territorialidad, *Revista Derecho del Estado*. Universidad Externado de Colombia, vol. 35, 2015, p. 126.

21 *Ibid.*

depósito de los estériles a los cauces, muchas cosas, pero ya en un momento dado el Estado levantó sus oficinas, levantó todo y se fueron [...] eso pasa cuando un buen padre deja a sus hijos pequeños [...] pero de todas maneras donde no hay un padre empieza a faltar un poco de autoridad [...]. Del ochenta y dos que empezó el ingreso de las transnacionales al país ya no esperábamos un abrazo de ese padre que es el Estado colombiano, aunque el Estado colombiano somos todos. Y comenzó fue una presión, una amenaza [...] ya no nos vendían los explosivos, ya empezaron las entidades del medio ambiente a presionar de una forma total, ya empezaron a cambiar los esquemas de ordenamiento territorial²².

Por otro lado, es importante mencionar que al desmonte de la institucionalidad en el sector minero y al afán de impulsar procesos de legalización y formalización por parte de los funcionarios estatales y de la Corona Goldfields que fue una de las primeras compañías canadienses que llegó al municipio, para poder posteriormente adquirir los títulos y llevar a cabo el proyecto de minería a gran escala, se sumaron otras dificultades adicionales como la relacionada con la inscripción de los títulos mineros sobre las minas de Marmato en el registro minero. Dado que el sistema establecido por el nuevo ordenamiento jurídico, del que hacía parte la Ley 141 de 1994, no permitía inscribir los títulos por cotas, que era como estaban organizadas las minas en la zona minera de Marmato debido a su distribución alrededor del cerro sobre una misma área pero a diferente altura, en 1999 Minercol propuso integrar la zona alta A y la zona baja B y modificar la división territorial del cerro²³.

Por su parte, el sistema de aportes que había regido hasta el momento llegó a su fin con la entrada en vigencia del nuevo código de minas emitido en el año 2001. Con este código se inició un programa de unificación en la zona alta A en cuyo marco se firmó un solo contrato bajo la nomenclatura CHG 081^[24]. Este

22 Entrevista al exconcejal, excandidato a la alcaldía de Marmato y empresario minero marmateño, Johan Bolaños, el 13 de octubre de 2017.

23 LOPERA, GLORIA. La parte alta del cerro es para los pequeños mineros..., cit., p. 130.

24 Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-438 de 2015. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-438-15.htm>>. Sobre este contrato, la Corte Constitucional explicó que dicho acuerdo tenía una vigencia, según el requisito minero nacional, del 4 de febrero de 2002 hasta el 4 de febrero de 2032, el cual fue cedido previa autorización de la misma autoridad minera a Minerales Andinos de Occidente y Mineros Nacionales S. A. S. Asimismo, la Corte señaló que el área comprendida por el contrato CHG 081 fue producto de la integración de otros 35 contratos en virtud de aportes mineros y que dentro de esa área está localizada la mina Villonza que se encuentra en la parte alta del cerro y

contrato de mediana minería sería el resultado de la estrategia de formalización impulsada bajo el nuevo código minero y con el cual se seguiría abonando el terreno para transformar el modelo de la minería a pequeña escala en Marmato, y su correspondiente visión del desarrollo, en uno que respondiera a la idea de la llamada “gran minería” y a la noción de desarrollo económico que conlleva ese tipo de minería.

La iniciativa de la compañía canadiense Colombia Golfields de construir una mina a cielo abierto en Marmato para desarrollar actividades de minería a gran escala, fue retomada por la Gran Colombia Gold (en adelante, GCG) en la época en la que se empezaron a construir los cimientos de la llamada política de la “locomotora minera” bajo el gobierno del ex presidente Juan Manuel Santos (2010-2014; 2014-2018). La GCG es la cuarta compañía transnacional que ha intentado realizar actividades de minería de oro a gran escala en Marmato, siguiendo la iniciativa de otras compañías que llegaron al municipio desde los años noventa con el llamado “boom minero”. La primera compañía que llegó fue la Gran Colombia Resource Inc. (1995-1997); seguida por la Conquistador Mines Ltd. a través de su filial colombiana la Corona Goldfields S. A. (1996-2000); luego por la Colombia Goldfields Ltd. a través de su filial colombiana la Empresa Minera de Caldas (2005-2009); y luego por la Medoro Resources Ltd. que llegó a Marmato en el 2010 y posteriormente se fusionó con la GCG en 2012 para dar origen a la Gran Colombia Gold Corp.²⁵

La GCG es actualmente un grupo empresarial integrado por diversas compañías que han intentado ingresar en el pasado al municipio de Marmato. Según certificado de existencia y representación legal, este grupo empresarial, cuya compañía matriz es Gran Colombia Gold, con domicilio en Canadá:

Controla directamente a Gran Colombia Gold S. A., con domicilio en Panamá y a Medoro Resources (Yucon) Inc., con domicilio en Medellín, Colombia. La compañía matriz controla indirectamente a: Mineros Nacionales SAS, a través de Medoro Resources Inc; a Minera Croesus SAS, a través de Colombia Gold A.G.; a Colombia Gold SAS, a través de Colombia Gold A.G.; a Comercializadora Internacional de Metales Preciosos y Metales Comunes Inversiones Generales S. A., a

que antes hacía parte de otro contrato en virtud de un aporte minero, bajo el número 056-08M, el cual fue celebrado el 18 de agosto de 1998 entre Alberto Gallego Estrada y Mireralcol S. A. por un término de 10 años.

25 ARIAS HURTADO, CAROLINA. Conflictos territoriales y patrimoniales en el pesebre de oro de Colombia, *Luna Azul*, vol. 39, Universidad de Caldas, 2014, pp. 207-233.

través de Nova Partners International Corp.; a Minera de Caldas SAS, a través de Croesus SAS; a Minerales Andinos de Occidente S. A., a través de RNC (Colombia) Ltda.; a Gavilán Minerales SAS, a través de Colombia Goldfields Ltda; a Nova Partners International Corp., a través de Gran Colombia Gold S. A.; a Colombia Gold Ltda., a través de Medoro Resources (Yucon) Inc.; a Colombia Gold A.G. a través de Colombia Gold Ltda.; a Medoro Resources Colombia Inc., a través de Medoro Resources (Yucon) Inc.; a Barona Cape Ltda. a través de Medoro Resources (Yucon) Inc.; a RNC (Colombia) Ltda., a través de Barona Cape Ltda. y a Colombia Goldfields a través de Barona Cape Ltda.²⁶

Sobre la venta de los títulos a las compañías canadienses que se produjo en el periodo del “boom minero” por parte de pequeños y medianos empresarios marmateños que generaban una gran cantidad de empleos en la región, miembros de la comunidad marmateña han señalado que muchos de los que vendieron se sintieron “engañados” y no contaron con una asesoría adecuada del Estado que según la carta constitucional es el dueño del subsuelo. Al respecto, explican que quienes vendieron no eran conscientes que la compañía después de comprar los títulos, iba a cerrar las minas para poder llevar a cabo el proyecto de minería a cielo abierto, dejando a un gran número de mineros sin trabajo, ni que la empresa pretendía demoler la montaña y buscar la reubicación de todo el pueblo a la parte baja conocida como “El Llano”.

El minero Jesús Alberto Gallego, cofundador de la Fundación de Jóvenes “Titanes de Oro” y quien proviene de una reconocida familia de tradición minera en Marmato, explica que dado que el Estado es el dueño de los recursos del subsuelo y es a quien le corresponde administrar tales recursos, este debió asesorar a quienes hicieron dichas transacciones para evitar que ocurriera lo que en efecto ocurrió más tarde: el cierre de las minas, el desempleo de más de 800 mineros, la restricción de los mineros de sus medios de trabajo y de subsistencia, la afectación de la economía de la región, la alteración de la minería tradicional y la generación de un grave conflicto con la compañía a raíz de una relación de desconfianza entre esta y la comunidad²⁷. Por su parte, para Darío Arenas, quien es un reconocido dirigente social y político en la región, las razones por las que se produjo la venta de los títulos se explican

26 Corte Constitucional colombiana. Sentencia SU-133 de 2017. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/su133-17.htm>>

27 Entrevista a Jesús Alberto Gallego, minero marmateño y cofundador de la fundación Titanes de Oro, el 13 de octubre de 2017.

de la siguiente manera: “La gente siempre tiene la necesidad de creer en algo. Entonces claro, llega un canadiense mono, alto, lleno de plata, de 1.90 con cientos de camionetas detrás y les dice: ¡Es que Ustedes son los elegidos! Pues a la gente le queda muy duro, no creer y no esperanzarse”²⁸.

En el mismo sentido, Yamil Ammar Cataño, uno de los pocos empresarios mineros marmateños que no accedió a la presión de la compañía para vender sus títulos, también explica que hubo una influencia muy grande para que la gente vendiera y que hubo gente que “se dejó deslumbrar”. Al respecto, Don Yamil afirma que fue una política “muy bien diseñada” para “sugestionar a la gente” porque empezaron a ilusionarlos “mostrándoles la plata” y diciéndoles que venían a Marmato “con la complacencia de las autoridades”, “con lo que ejercieron mucha presión”²⁹.

Por otro lado, cabe aclarar que, entre los títulos adquiridos por la compañía, esta logró obtener el correspondiente al contrato 014-89M que autoriza a Mineros Nacionales S. A., hoy subsidiaria de la GCG, a explotar la parte baja del cerro de Marmato. Posteriormente, dicha compañía invocando el artículo 101 del código de minas³⁰ y través de su filial Minerales Andinos de Occidente,

28 Entrevista a Darío Arenas Villegas, líder social y político del Departamento de Caldas y ex candidato a la Cámara de Representantes, el 10 de octubre de 2017.

29 Entrevista al empresario minero marmateño y titular de minas Yamil Ammar Cataño, fundador y presidente del Comité Cívico Pro Defensa de Marmato, el 12 de octubre de 2017.

30 Congreso de la República de Colombia. Ley 685 de 2001, por medio de la cual se expide el código de minas y se dictan otras disposiciones. Artículo 101. Integración de áreas. Cuando las áreas correspondientes a varios títulos pertenecientes a uno o varios beneficiarios para un mismo mineral, fueren contiguas o vecinas, se podrán incluir en un programa único de exploración y explotación para realizar en dichas áreas sus obras y labores, simultánea o alternativamente, con objetivos y metas de producción unificados, integrándolas en un solo contrato. Con este propósito, los interesados deberán presentar a la autoridad minera el mencionado programa conjunto para su aprobación y del cual serán solidariamente responsables. En las áreas vecinas o aledañas al nuevo contrato de concesión, donde estuvieren en trámite solicitudes de concesión o mineros informales por legalizar, si hubiese consenso, se podrán integrar estas aéreas al mismo contrato de concesión. Cuando en el programa único de exploración y explotación sólo queden comprometidas partes de las áreas correspondientes a los interesados, será opcional para estos unificar tales áreas en un solo contrato o conservar vigentes los contratos originales. Parágrafo. En caso de solicitarse por parte del beneficiario de un título minero de cualquier régimen o modalidad la integración de áreas, así estas no sean vecinas o colindantes, pero que pertenezcan a un mismo yacimiento, la Autoridad Minera Nacional podrá proceder a su integración, caso en el cual podrá acordar nuevos requisitos contractuales y pactar contraprestaciones adicionales distintas a las regalías. El Gobierno nacional reglamentará la materia. En ningún caso la integración solicitada dará lugar a prórrogas a los títulos mineros.

solicitó que se integraran los títulos que hoy tiene en la parte alta del cerro en una sola área unificada. Fredy Muñoz, quien se ha desempeñado como minero en Marmato desde que era niño y quien ha participado activamente en la defensa de la minería tradicional y en las distintas acciones de movilización social que se han emprendido en el municipio, explica la diferencia entre las dos partes del cerro que se quieren integrar, en los siguientes términos:

En la parte baja del municipio está instalada una empresa. De hecho, tiene (...) sino es todas las acciones, una gran parte. Es la compañía multinacional Gran Colombia Gold, que anteriormente funcionaba como Mineros Nacionales y pues no tenía ninguna relación societaria. Ya cuando empezó el interés de esta compañía multinacional, la compañía entonces compró sus acciones y empezó a desempeñar los mismos trabajos que venía haciendo la empresa Mineros Nacionales. Pero en la parte alta siempre se ha llevado a cabo una pequeña minería que a pesar de algunos cambios que han surgido por el paso del tiempo no pasa a ser mediana minería, sigue siendo pequeña minería a pesar de que se desarrolle con algunas herramientas un poco más técnicas pero que sigue siendo pequeña minería y minería artesanal³¹.

Lopera explica que la solicitud de integración de la parte alta y de la parte baja de la montaña fue aprobada por la Secretaría de Gobierno del Departamento de Caldas a través de la Resolución 2188 de 10 de mayo de 2011, por medio de la cual se ordenó integrar 54 títulos mineros ubicados en la zona alta del cerro. A partir de la expedición de la resolución mencionada, la empresa tenía la obligación de presentar un programa único de explotación, que de ser autorizado, daría lugar a la firma de un nuevo contrato de concesión³².

Dicha solicitud desconocía a su vez la división que se había reconocido a mediados del siglo XX por medio de la Ley 44 de 1946 y del decreto 2223 de 1954, y que tal como se explicó en líneas anteriores, establecían un régimen especial para Marmato de convivencia entre la pequeña minería y la mediana minería. En relación con este punto, en el marco de las entrevistas que realicé como parte de esta investigación, varias de las personas con quienes tuve la oportunidad de hablar coincidieron en que los pequeños mineros no tenían inconveniente con que la compañía llegara al municipio, siempre y cuando

31 Entrevista al minero Fredy Muñoz, 17 de octubre de 2017.

32 LOPERA. La parte alta del cerro es para los pequeños mineros..., cit., p. 136.

respetara dicho acuerdo y la división histórica territorial del cerro minero de Marmato conocido como “El Burro”, que permitía el desarrollo tanto de la pequeña minería como de la mediana minería.

Sobre este punto el alcalde del municipio, Julio Vargas Chica, manifestó lo siguiente:

Marmato les da empleo a otros municipios. Marmato es la reina en empleo acá. En Marmato se producen alrededor de 4.000 y 5.000 empleos. Por ejemplo, esta mina de Mineros Nacionales o Gran Colombia Gold, a pesar de que ellos digan que nosotros estamos en contra de ellos, jamás. Nosotros lo que buscamos es una minería compartida. Porque estas empresas también se necesitan en nuestro municipio porque también dan empleo. Pero también que se le respete al pequeño minero su ancestralidad de años atrás³³.

Por su parte, el presidente de la Asociación de Mineros Nacionales de Marmato (Asomitrama), Rubén Darío Rotavista, en relación con la forma en la que los mineros marmateños entienden la convivencia que debe existir con la compañía canadiense y el respeto que ellos esperan de esta empresa hacia los pequeños mineros, señaló lo siguiente:

Siempre hemos considerado que la Gran Colombia Gold no se tiene que ir de Marmato. La empresa puede estar acá. Ellos pueden trabajar de aquí para abajo y nosotros podemos trabajar de aquí para arriba. Nosotros generamos 4.000 empleos, ellos generan 1.000. Son más pocos, pero eso no quiere decir que no sean empleos. Los colombianos que trabajan ahí también tienen derechos y si en algo nos hemos comprometido en la Junta Directiva de Asomitrama y todos en general, es a preservar la vida e integridad no solo de los pequeños mineros sino también de los mineros de abajo. Porque precisamente estamos en un conflicto en el cual hay una línea imaginaria donde ellos están de ahí para abajo y nosotros de ahí para arriba [...]. Entonces es bueno aclararle al país que nosotros le damos la bienvenida a las multinacionales a Colombia desde que respeten a las comunidades y desde que le tomen la opinión y le digan: ¿Ustedes quieren ese proyecto ahí?³⁴.

33 Entrevista a Julio Vargas Chica, alcalde del municipio de Marmato, 13 de octubre de 2017.

34 Entrevista a Rubén Darío Rotavista Vanegas, presidente de la Asociación de Mineros Tradicionales de Marmato (Asomitrama), 14 de octubre de 2017.

I. 2. LA DESTRUCCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE TRABAJO Y EL CIERRE DE LAS MINAS

Dicho lo anterior y siguiendo la clasificación señalada por Gloria Lopera, en la dinámica del conflicto que emergió en Marmato a partir de la llegada de la GCG, se resaltan tres periodos que a su vez responden a las fluctuaciones del precio del oro en el mercado de los *commodities* dentro del sistema financiero internacional. El primer periodo está comprendido entre los años 2005 y 2007, que fue el tiempo en el que dicha compañía hizo presencia por primera vez en Marmato a través de la Empresa Minera de Caldas y de la Colombia Goldfields Ltd. En ese periodo, se produjo el cierre de algunas minas y la destrucción de algunos de los molinos e inmuebles ubicados en la parte alta del cerro donde se procesaba el mineral extraído por los mineros. Estas acciones, que fueron justificadas por la empresa, alegando la contaminación producida por la minería a pequeña escala produjeron una gran rechazo en la comunidad minera marmateña, cuyos miembros vieron cómo eran destruidos sus instrumentos de trabajo y como eran despojados de las minas en las que llevaban trabajando por años³⁵.

Al respecto, el representante legal de Asomitrama en la intervención que realizó en el marco de un proceso que se llevó ante la Corte Constitucional colombiana indicó lo siguiente:

Las dinámicas de asociación para la explotación del subsuelo por medio de la minería tradicional que han subsistido en Marmato desde hace años fueron confrontadas por el proceso de concentración de títulos mineros y derechos de explotación que llevó a cabo la Compañía Minera de Caldas entre 2006 y 2007. Cuando la compañía cerró las minas y las abandonó, a mediados de 2008, quienes trabajaban para los titulares de esos 70 títulos quedaron cesantes. Entonces, desprovistos de alternativas laborales, los mineros procedieron a reabrir las minas para retomar su actividad. Han sido ellos, quienes trabajaban para los anteriores titulares mineros, quienes han explotado las minas desde entonces³⁶.

Por su parte, el empresario Yamil Ammar Cataño, cofundador del Comité Cívico Pro Defensa de Marmato, explica que la destrucción de los insumos de

35 LOPERA. La parte alta del cerro es para los pequeños mineros..., cit., p. 136.

36 Corte Constitucional colombiana. Sentencia SU-133 de 2017. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/su133-17.htm>>

trabajo y el cierre de las minas fueron percibidas por la población como “una ofensa” hacia la gente porque tales actos implicaban “deshonrar su trabajo” y la forma en la que los marmateños se ganan la vida dignamente desde hace cientos de años. Al respecto, don Yamil señaló lo siguiente:

El interés de ellos era sacarlos de aquí. Y sacarlos, era comprar las minas y cerrarlas [...]. De esas 123 minas en un principio compraron como 100 y compraron 11 molinos. Compraron 9 inmuebles. Entonces las minas absolutamente todas las cerraron. Quedaron 833 personas desocupadas desde ese momento que tuvieron que migrar a otra parte, al Valle, a Nariño, al Nordeste Antioqueño, a las minas de Cundinamarca y Boyacá. De los 11 molinos alcanzaron a destruir 9 y no admitían que una hoja de zinc o cualquier cosa que le pudiera servir a un marmateño aquí, la vendieran. ¡No! Ellos lo chatarrearon todo, compresores y todo eso. Los molinos los destrozaban con gas etileno. Fue como una ofensa muy grande. De los 9 inmuebles alcanzaron a destruir 4 inclusive unos que eran muy emblemáticos [...]. Y gracias a la protesta social no dañaron los otros [...]. Ellos lo que buscaban era crear un caos económico y social en Marmato para que nosotros saliéramos en estampida de acá³⁷.

Durante ese primer periodo, también se produjo en Marmato un suceso conocido como “flujo de estériles” (según los mineros) o “avalancha” (según la compañía y algunas autoridades estatales) que tuvo lugar el 18 de abril de 2006 y que ocasionó la caída de varios sedimentos sobre la zona de la antigua plaza y del hospital del pueblo. Este suceso fue utilizado por la misma compañía para activar el discurso del “riesgo” y para allanar el camino para el traslado del pueblo a la parte baja del cerro, traslado que debía ser financiado por el Estado por tratarse de una situación de riesgo³⁸. Esto dio lugar a su vez a la declaratoria de calamidad y emergencia en el municipio por parte del gobierno nacional y al abandono estatal de las zonas directamente afectadas por el deslizamiento bajo el argumento de que no era posible invertir recursos públicos en zonas de riesgo.

Sobre este suceso conocido como la “avalancha”, miembros de la comunidad marmateña afirman que la compañía aprovechó lo ocurrido para poder

37 Entrevista al empresario minero marmateño y titular de minas Yamil Ammar Cataño, fundador y presidente del Comité Cívico Pro Defensa de Marmato, 12 de octubre de 2017.

38 Véase: SANDOVAL, MARY LUZ y MELINA LASSO, ROSA. Riesgo: teoría y realidad. El caso de Marmato, Caldas, *Luna Azul*, vol. 34, 2012, pp. 170-194.

seguir ejecutando el plan de mover gradualmente a la población de la parte alta de la montaña a la parte baja, pero que el deslizamiento del material que se produjo no tiene que ver con la calidad del suelo de la montaña. Los mineros aseguran que el deslizamiento que la compañía denominó como la “avalancha” se produjo por un mal manejo de estériles que es en todo caso un riesgo mitigable. Al respecto, el minero Jesús Alberto Gallego sostiene lo siguiente:

La roca de Marmato es sólida y firme. Lo que ocurrió en 2006 nada tiene que ver con la calidad de los suelos de la montaña. El deslizamiento de lodo ocurrió porque los mineros estaban ubicando los residuos del proceso de minería muy cerca de la montaña y llegó un punto en el que se rodaron. No hubo un buen manejo de estériles, pero es un riesgo mitigable. Si el gobierno apoyara, podríamos tecnificar y mejorar los procesos para que esto no se repita y para que los mineros corran menos riesgos en las minas³⁹.

Esta situación también coincidió con la venta de las minas y molinos a la compañía, razón por la cual algunos de los empresarios mineros se fueron del pueblo y muchos de los trabajadores que fueron despedidos por el cierre de las minas se desplazaron a otras zonas del país en busca de empleo. Igualmente, en el año 2006 se creó el Comité Cívico Pro Defensa de Marmato como una acción de resistencia por parte de los mineros que se oponían a la realización del proyecto de minería a gran escala.

I. 3. LAS ACCIONES DE DEFENSA DEL TERRITORIO Y DE LA MINERÍA TRADICIONAL

Siguiendo la clasificación atrás señalada, durante el segundo periodo comprendido entre los años 2008 y 2010, se llevaron a cabo por parte de la comunidad marmateña varias acciones para reactivar la pequeña minería en la parte alta del cerro. Los mineros que no abandonaron el pueblo, pero que se encontraban desempleados debido a que las minas habían sido cerradas por la GCG, empezaron a ingresar a las minas dado que estas no estaban siendo explotadas por la compañía y el Estado no estaba ejerciendo ningún tipo de control sobre ellas.

39 Entrevista realizada al minero Jesús Alberto Gallego por el portal Kienyke. GALLEGO, JESÚS ALBERTO. Consulta previa: la salvación de los mineros de la montaña de oro, *Portal Kienyke*, 28 de febrero de 2017. Disponible en <<https://www.kienyke.com/politica/la-maldicion-de-marmato-la-montana-oro-mas-alla-de-la-demanda-de-gran-colombia-gold>>

Este fenómeno de incursión a las minas de la compañía que estaban cerradas, y que se produjo ante la necesidad de subsistencia de los mineros, se conoce con el nombre de la “guacha” o “guacheo”.

Sobre este punto, es importante resaltar dos aspectos. El primero es que, según el código de minas de 2001, el titular de derechos sobre una mina que deje de realizar actividades de minería durante seis meses, podrá perder sus derechos sobre la misma. Con base en esta disposición existe una discusión sobre la legalidad de la incursión de los mineros a las minas que había cerrado la compañía⁴⁰. Al respecto, Mario Tangarife señala lo siguiente:

La mina que está en explotación no se puede suspender porque está cumpliendo con una función social, entonces usted no puede suspender 6 meses o 1 año (...) entonces como la multinacional compró, cerró las minas [...] ¿qué hicieron los mineros? se metieron a esas minas y empezaron a destaparlas. Según la ley ellos perdieron el derecho de este título⁴¹.

En el proceso que se surtió en el año 2014 como consecuencia de una acción de tutela interpuesta por Asomitrama, Mario Tangarife, quien para ese entonces se desempeñaba como presidente de esa asociación, también explicó que cuando la compañía adquirió los títulos mineros y algunas áreas del título CHG-081, donde se encuentra ubicada la mina Villonza, aquella procedió a cerrar las minas y abandonó otras a mediados del año 2008^[42]. Como consecuencia de

40 Congreso de la República de Colombia. Ley 685 de 2001. Por medio de la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones. Artículo 112. Caducidad. El contrato podrá terminarse para la declaración de su caducidad, exclusivamente por las siguientes causas: [...] c) La no realización de los trabajos y obras dentro de los términos establecidos en este Código o su suspensión no autorizada por más de seis (6) meses continuos [...].

41 Entrevista al minero Mario Tangarife, vicepresidente de la Asociación de Mineros Tradicionales de Marmato (Asomitrama), 14 de octubre de 2017.

42 Corte Constitucional colombiana. Sentencia SU-133 de 2017. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/su133-17.htm>>. Sobre la acción de tutela que interpusieron algunos miembros de la comunidad de Marmato en el año 2014 es importante mencionar que esta acción fue el último recurso que encontraron los marmateños frente a la orden de cierre de la mina Villonza, que la compañía trató de hacer efectiva por medio del cumplimiento de un viejo amparo administrativo. Esto explica por qué los accionantes son mineros de la Villonza. Asimismo, cabe destacar que, entre los argumentos del escrito de tutela, en primer lugar y con el propósito de frenar el desalojo de los mineros, los accionantes alegaron la vulneración del derecho al debido proceso y dentro de los argumentos restantes alegaron la violación al derecho a la consulta previa.

eso, cerca de 383 trabajadores quedaron cesantes, debido a que la empresa no regresó a emplearlos ni les ofreció otra opción laboral para obtener su sustento. Ante tal circunstancia, Tangarife explica:

Los mineros se vieron obligados a reabrir las minas para retomar su actividad, la minería tradicional. Las actas de la fiscalización que realiza la autoridad minera sobre los títulos de Marmato dan fe de que, desde 2008, las minas han sido materialmente abandonadas por la multinacional. Son los mineros de Marmato quienes las explotan, recuperando su tradición minera para conseguir su mínimo vital y móvil y desarrollar el objeto social de la minería⁴³.

El segundo aspecto que es importante resaltar es que en cuanto al fenómeno conocido como la “guacha” o “guacheo”, esto también llevó a que personas de otras partes del país llegaran a las minas de Marmato que no estaban siendo explotadas por la compañía. Esta incursión de mineros no marmateños, considerados “extranjeros” por proceder de otras regiones del país, también provocó cambios drásticos y nuevos conflictos en la cultura minera de Marmato. Así lo explica don Yamil Ammar quien cuenta que si bien muchas de las personas que llegaron al municipio por la “guacha” son honestas y de buenas costumbres, otras no han respetado varias de las costumbres locales y por el contrario, han contribuido a la alteración de la forma de vida y de la cultura minera marmateña⁴⁴.

Por otro lado, este segundo periodo del conflicto en Marmato que se caracterizó por el impulso de acciones de resistencia y de defensa del territorio coincidió con un momento donde se estaba viviendo una grave crisis económica en el municipio. Esta se produjo principalmente por el abandono del pueblo por parte de la Colombia Goldfields Ltd. y la Empresa Minera de Caldas, las cuales pararon sus operaciones y se fueron, dejando varios pasivos y deudas. Posteriormente, a finales del año 2009 la Medoro Resources Ltd., que actualmente es una de las compañías canadienses que hacen parte de la GCG, retomó la dirección del proyecto de minería a gran escala y en el año 2010 dio inicio a nuevas operaciones mineras. Sin embargo, en esta ocasión las operaciones de la compañía eran de tipo subterráneo y se llevaron a cabo en el sector conocido como Echandía ubicado en la parte alta del cerro.

43 *Ibid.*

44 Entrevista al empresario minero marmateño y titular de minas Yamil Ammar Cataño, fundador y Presidente del Comité Cívico Pro Defensa de Marmato, 12 de octubre de 2017.

La Medoro Resources Ltd. contaba con una estrategia de mercadeo conocida como “El camino hacia el desarrollo” que prometía una explotación minera en palabras de la compañía: “tecnificada, ambiental y socialmente sostenible”. Sin embargo, tal como lo afirmó Lawrence Perkes, un operador de la compañía que fue enviado para valorar el terreno de las minas en Marmato, lo que esto realmente significaba era que “se iba a echar la montaña abajo”⁴⁵. En una conversación que Perkes tuvo con los mineros adentro de una mina y que quedó registrada en el documental del director estadounidense Marc Grieco, el operador les explicó a los mineros lo que él creía que iba a suceder y cómo se llevaría a cabo la implementación del proyecto de minería a cielo abierto. Al respecto, señaló lo siguiente:

Lo he visto muchas veces y cuando esto pasa, simplemente el pueblo se acaba [...]. Lo que va a pasar es que les van a ofrecer un dinero por sus casas, lo que ellos consideren que es justo, no lo que ustedes consideren que es justo y si no dejan sus casas entonces van a traer a la fuerza pública y los van a sacar de aquí. Eso no es legal, pero es lo que van a hacer y ellos van a hacer que eso sea legal. Nuestro contrato en Canadá cuando venimos a sitios como este, dice que solo debemos emplear mínimo el 30 % de la población local. [...] yo me voy a ir dos años a África y sé que cuando regrese, el pueblo, todo, va a desaparecer⁴⁶.

Ante el temor de que lo que les señaló el operario de la compañía ocurriera, y como parte de las acciones de defensa del territorio y de la minería tradicional en Marmato, en el mes de enero de 2010 se creó la Asociación de Mineros Tradicionales de Marmato más conocida como Asomitrama, cuyos miembros también se organizarían años más tarde para interponer una acción de tutela en contra de la compañía. Dicha acción desencadenaría a su vez en dos sentencias de la Corte Constitucional colombiana por medio de las cuales se tutelaron los derechos de los marmateños. Sobre la razón de ser Asomitrama y sobre los objetivos de esta asociación, su actual presidente, Rubén Darío Rotavista Vanegas, explica lo siguiente:

Me parecían muy injustas las decisiones que el gobierno nacional estaba tomando en su momento y las que sigue tomando con nosotros [...] ¿Qué queremos los

45 Documental Marmato, 2014 [DVD], Bélgica, Marc Grieco. Disponible en <<http://www.marmatomovie.com/index.html#home-slider>>

46 *Ibid.*

mineros? Ser formales. Que a los mineros nos sigan tratando como antes del código del 2001. Cuando éramos de las personas más respetadas en este país por ser mineros. [...] Que el gobierno nos muestre así, no solo al país entero sino a nivel internacional. De que realmente nosotros no somos delincuentes. Nosotros somos personas que están trabajando y que se están ganando la vida honradamente [...]. Así, nace Asomitrama en el 2010 con el único propósito de defender la minería tradicional y el municipio de Marmato⁴⁷.

En el mismo sentido, Darío Arenas explica lo que ocurrió en el año 2010 cuando nació Asomitrama y como en esa época, quienes se oponían al proyecto de la compañía empezaron a explicarle a la gente en qué consistían los llamados “Mitos de Medoro”. Al respecto, sostiene lo siguiente:

En ese momento nacen varios de los movimientos sociales, Titanes de oro, se reafirma el Comité Cívico Pro Defensa de Marmato y hay un punto de quiebre que es la marcha de mayo del 2010, que fue la primera movilización por la defensa de Marmato [...] eso marca un antes y un después, porque era como que la gente, mucha a pesar de estar convencida de que era malo lo que venía no se sentía arropada ni se sentía respaldada por el resto, entonces la gente decía: pues yo estoy en contra, pero es que el poder de ellos es muy grande y aquí la gente no se interesa [...] salieron 5.000 personas de las cuales eran aproximadamente 3.500 de Marmato, una población de 9.000 habitantes. Entonces ahí la gente como que se dice a sí misma: ¡Huy! esto es grande, esto es importante⁴⁸.

I . 4 . ENTRE LA CARA AMABLE DE LA EMPRESA Y LAS ACCIONES REPRESIVAS

Por último, en el tercer periodo comprendido entre los años 2010 y 2012, la Medoro Resources Ltd. se fusionó con la GCG, con lo cual se convirtió en la empresa canadiense de oro más grande en Colombia⁴⁹. De la junta directiva de esta compañía han hecho parte altos exfuncionarios del Gobierno colombiano,

47 Entrevista a Rubén Darío Rotavista Vanegas, presidente de la Asociación de Mineros Tradicionales de Marmato (Asomitrama), el 14 de octubre de 2017.

48 Entrevista a Darío Arenas Villegas, líder social y político del Departamento de Caldas y ex candidato a la Cámara de Representantes, el 10 de octubre de 2017.

49 Véase: grancolombiagold.com, 2015; Gran Colombia Gold – Home, 2015. (Consultado 4 de noviembre de 2015). Disponible en <<http://grancolombiagold.com/Home/default.aspx>>

como la exministra de Cultura (2002–2006) y excanciller (2006–2007) María Consuelo Araújo y el exministro de Minas y Energía (2006–2010) Hernán Martínez. En este periodo, la empresa empezó a emplear nuevas estrategias para ganarse la llamada “licencia social” de la comunidad marmateña, impulsando distintas acciones para crear una buena imagen de la empresa en el pueblo. Dentro de las acciones que llevó a cabo la compañía se encuentran actividades culturales, recreativas, educativas y de infraestructura. Así, a mediados de 2011 la GCG promovió “la suscripción de convenios de inversión social con la administración municipal, el apoyo a algunos proyectos productivos e iniciativas comunitarias, las cuales estuvieron acompañadas de un amplio despliegue en los medios de comunicación”⁵⁰.

Las acciones de la GCG y de las empresas canadienses que la precedieron, y que se impulsaron en el marco de programas dentro de la llamada responsabilidad social empresarial, tampoco han sido percibidas positivamente por algunos miembros de la comunidad marmateña. Así lo expresa Mario Tangarife quien afirma:

Estas empresas son expertas en comprar conciencias. Estas empresas son muy expertas en dar dádivas para que la gente simplemente diga: ellos son muy buenos. Además de que estas empresas también se cubren y se tapan mucho todo lo que hacen es a través de que ellos están cambiando de razón social a cada ratico [...] y la embarran y ya cambian de razón social y pasa a ser la GCG y ya la GCG dice no es que los malos eran ellos, empiezan a lavarle el cerebro a la gente, pero yo creo que la gente ya ha despertado mucho y ha tomado conciencia de que no es lo que digan las multinacionales⁵¹.

Sobre este punto, la exgobernadora indígena Adriana Palomino, promotora del Comité Cívico Pro defensa de Marmato y de Asomitrama, explica cómo la comunidad empezó a sentir desconfianza hacia las personas que contrataba la empresa para diseñar y realizar los programas de inversión social y por qué la gente ya no percibía este tipo de acciones como positivas, sino que empezaron a sentirse acosados por la misma compañía. Al respecto, sostiene lo siguiente:

50 LOPERA. La parte alta del cerro es para los pequeños mineros. Sobre la vigencia del régimen minero especial para Marmato y su influencia en la construcción de territorialidad, cit., p. 138.

51 Entrevista al minero Mario Tangarife, vicepresidente de la Asociación de Mineros Tradicionales de Marmato (Asomitrama), el 14 de octubre de 2017.

Ellos iban a las casas. Iban las trabajadoras sociales que son la parte mala de la compañía. Qué pena tener que decirlo. No todas son malas [...] pero la parte mala la ponían las trabajadoras sociales. Aquí chocaron con los marmateños y cuando no sabíamos nos dejábamos con las dádivas que da la compañía [...] se metían en todo. Una reunión de salud, que eso es muy de la comunidad y del municipio, iban y se metían (...). Fueron hastiando a la gente [...] yo lo cuento por el pueblo indígena. [...] les preguntaban ¿cómo planificaban?, ¿qué le daban de comer a los pollos?, entonces fue una relación que ya a lo último nos hastiaron, que chocamos. Ya cuando iban a las casas a preguntar lo que ellos querían para poder ver en qué proyecto se metían después de hacer la encuesta, de jugar con las necesidades de la gente, la gente se hastió [...]. Hacían los proyectos sociales para poderse ganar a la comunidad [...]. Trajeron unos peruanos que ya son expertos en minería y en acabar con los territorios de Perú [...]. Dijeron que nos iban a poner unos pollos y a que sembráramos yuca y plátano [...].”⁵².

Entre los proyectos de inversión social que se llevaron a cabo y a los que estuvo vinculada la compañía para ganarse la llamada “licencia social” de la comunidad marmateña, la gente recuerda especialmente la construcción del hospital y del “megacolegio”, como se le denomina en la región, así como la pavimentación de un tramo largo de la carretera hasta la mitad del cerro. Sin embargo, todas estas obras tienen una característica en común, explica Bernardo Álvarez, gestor cultural y director de la Casa de la Cultura en Marmato: todas estas obras se hicieron en “El Llano”, es decir, en la parte baja del cerro minero, que es el área donde la compañía quería reubicar al pueblo tras la construcción del proyecto de minería a gran escala. Esto muestra que la inversión social que se realiza se hace en función de las necesidades del proyecto minero⁵³.

Bernardo afirma que las empresas llegan a Marmato y les ofrecen cosas como que “les van a poner un buen colegio”. Según él, “en cierta medida eso les da calidad de vida, pero ¿a costa de qué? ¿A costa de dejarles a ellos la montaña para que ellos puedan hacer minería?”⁵⁴. Bernardo explica que, en comparación con el número de estudiantes que alberga el “megacolegio”, ahora muy

52 Entrevista a Adriana Palomino, exgobernadora indígena, integrante del Comité Cívico Pro Defensa de Marmato y de la Asociación de Mineros Tradicionales de Marmato (Asomitrama), el 14 de octubre de 2017.

53 Entrevista a Bernardo Álvarez, gestor cultural y director de la Casa de la Cultura de Marmato, el 19 de octubre de 2017.

54 *Ibid.*

pocos niños estudian en la escuela que ha existido toda la vida en la cabecera municipal de Marmato, ubicada en la parte alta de la montaña. Sin embargo, también sostiene que esa escuela no la pudieron cerrar porque la profesora se opuso y dijo que ella se quedaba allí, así fuera con un solo estudiante⁵⁵.

En cuanto al traslado del hospital a la parte baja del cerro, también explica que esa decisión ha causado nuevas dificultades para la población, debido a que cuando un minero tiene un accidente en la parte alta, que es donde se encuentran trabajando el mayor número de mineros de Marmato, ahora debe trasladarse a la parte baja para ser atendido, lo cual es extremadamente difícil sobre todo en casos de emergencia por el tiempo que tardan en trasladarse. A esto se suma el hecho de que el tramo de la carretera que pavimentó la compañía solo se hizo de la mitad del cerro hacia abajo, en la parte de “El Llano”, al parecer, para presionar a la población a moverse a lo que se ha denominado como “el nuevo Marmato” a donde se quiere trasladar el pueblo. Sobre este punto, Bernardo sostiene:

Lo digo yo que me tocó venirme para ‘El Llano’. ¿Quién dijo que el desarrollo está en ‘El Llano’? [...] ¿Cómo es posible que en estos momentos se hable de unos mejoramientos de vivienda familiar a gente del campo por Dios? Y los van a traer acá a meterse a una mole de cemento [...] ¿De qué van a vivir?⁵⁶.

Además de la alcaldía, lo único que no han podido trasladar es la iglesia por la resistencia que ha puesto la gente y porque nadie quiere “meterse en esa vaca loca”, ya que la iglesia se encuentra ubicada en el atrio, que es donde está la nueva plaza principal del pueblo en la parte alta después de que se produjo la famosa “avalancha”⁵⁷.

Por su parte, según el minero marmateño Jesús Alberto Gallego, no tiene sentido que la compañía diga que va a traer “desarrollo sostenible” al municipio si en Marmato “son los mineros los que sostienen la economía”. Gallego cuestiona que la empresa haya construido el colegio y el hospital “a costa de que despojaron los de la cabecera municipal donde están los mineros”,

55 *Ibid.*

56 *Ibid.*

57 *Ibid.*

y explica que esto se debe a que la compañía siempre ha querido que los mineros se vayan de ahí⁵⁸.

Por otro lado, de manera paralela a la implementación de las diferentes acciones y estrategias que la compañía ha denominado de “inversión social”, también se desplegaron acciones de “tipo represivo”, las cuales estuvieron orientadas principalmente en contra de los mineros ubicados en la parte alta del cerro. En este sentido, se tomaron medidas para recuperar el control de las minas ocupadas por los llamados “guacheros” por vía de amparos administrativos, denuncias penales y desalojos directos. Para ello se acudió a la acción conjunta de la fuerza pública y de la empresa de vigilancia privada que presta seguridad a la compañía minera⁵⁹.

Al respecto, la Corte Constitucional colombiana hace una descripción de los hechos en los siguientes términos:

El 31 de marzo de 2010, Minerales Andinos de Occidente S. A. interpuso ante la autoridad minera de la época –Ingeominas–, solicitud de amparo administrativo en contra de 15 personas determinadas y demás personas indeterminadas que estaban explotando la mina sin su autorización. La autoridad minera mediante resolución GTRM 751 del primero de septiembre de 2010 ordenó el desalojo y la suspensión inmediata y definitiva de los trabajos y obras mineras que realizaban los señores Mauricio Duque Moreno, Luis Antonio Bueno, Mario Tangarife, entre otros, dentro del área del contrato de concesión N° CHG-081. Para el efecto, se dio como fecha el 31 de marzo de 2011, la cual fue aplazada por solicitud de la personera del municipio de Marmato, sin que a la fecha se haya realizado⁶⁰.

De manera adicional, como parte de la estrategia para presionar a los mineros tanto por medio de acciones de “inversión social” como por medio de acciones de tipo represivo, para llevar a cabo el proyecto de minería a cielo abierto, en esa misma época la GCG mejoró las ofertas de compra a los pocos empresarios que aún no habían vendido sus derechos de explotación o de indemnización para poseedores sin título, invitándolos a suscribir contratos de operación y

58 Entrevista a Jesús Alberto Gallego, minero marmateño y cofundador de la fundación ‘Titanes de Oro’, el 13 de octubre de 2017.

59 LOPERA. La parte alta del cerro es para los pequeños mineros. Sobre la vigencia del régimen minero especial para Marmato y su influencia en la construcción de territorialidad, cit., p. 138.

60 Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-438 de 2015. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-438-15.htm>>

también a participar del proyecto de minero, ofreciéndoles paquetes de acciones a las asociaciones cívicas y organizaciones en Marmato⁶¹.

Finalmente, a comienzos del año 2015 se sumaron nuevas restricciones a las ya existentes para la realización de las actividades de minería a pequeña escala. Al respecto, el personero del municipio de Marmato, denunció que “unos 1.000 mineros informales de la localidad están aguantando física hambre debido a la prohibición para la venta de oro por la nueva reglamentación”⁶². El funcionario denunció que la nueva regulación exige a los mineros contar con un registro o proceso de legalización para poder comercializar el metal. En este sentido, por la dificultad de cumplir con el requisito del Rucom (Registro Único de Comercializadores Mineros) las autoridades les están reteniendo el oro a los productores afectando su sustento para vivir. Sobre este punto, el minero Fredy Muñoz explica lo siguiente:

Durante muchísimos años no ha habido ningún conflicto en cuanto a la comercialización del material que se extrae de la explotación minera. Solo hasta que las empresas multinacionales empezaron a traer sus inversiones acá al país y específicamente a Marmato es donde empieza a entrar un nuevo régimen normativo que le impide al minero comercializar el oro si no es a través del Rucom [...] entonces le impiden en su totalidad que los mineros puedan comercializar el oro. Lo que trae esto consigo es que los mineros empiecen a buscar la manera de cómo vender el material [...] esto no solo le trae pérdidas al minero, sino que le trae pérdidas al país [...] eso lo único que trae es una especie de desfalco para la economía del mismo país [...]⁶³.

En relación con este aspecto, el empresario minero Yamil Ammar Cataño, cuyo padre era un comerciante libanés que llegó a Marmato en los años treinta y se casó con una riosuceña, explica que sin el Rucom cualquier policía puede decomisarles el oro a los mineros, además de restringirle la venta de explosivos

61 Lopera. La parte alta del cerro es para los pequeños mineros. Sobre la vigencia del régimen minero especial para Marmato y su influencia en la construcción de territorialidad, cit., p. 139.

62 Caracol Noticias. Personería denuncia grave crisis en Marmato, Caldas, por venta de oro. Noticias Caracol. 10 de febrero de 2015. (Consultado el 12 de junio de 2015). Disponible en <<http://www.caracol.com.co/noticias/regionales/personeria-denuncia-grave-crisis-en-marmato-caldas-por-venta-de-oro/20150210/nota/2626709.aspx>>

63 Entrevista al minero Fredy Muñoz el 17 de octubre de 2017.

a los mineros que son los insumos que necesitan para poder trabajar. Al respecto, señala lo siguiente:

Aquí la minería que hacemos los marmateños nosotros la consideramos pequeña minería y minería informal. A pesar de que varios tenemos títulos, pero en su mayoría n.º Y esos títulos los conseguimos porque el gobierno nos obligó a conseguirlos, más no porque fuera lo razonable. Porque este es un pueblo de 500 años de tradición [...]. Entonces el gobierno dicta normas para todo el país y nos involucran a nosotros cuando nosotros somos un caso especial (...). Y entonces eso ha conllevado a una serie de problemas como que el que no tiene un título, para el gobierno es un ilegal y si es un ilegal no tiene derecho a nada. Con una serie de determinaciones, de medidas que ha tomado, al no tener el título, al no tener derecho a nada entonces somos susceptibles de la persecución del mismo Estado a través de la policía, de todo [...]. Si no tiene el título no tiene derecho a sacar el Rucom [...] sin ese Rucom cualquier policía puede decomisar el oro que lleve un minero y así ha sucedido, sin ese Rucom, no podemos adquirir insumos como explosivos que son propios para la minería. En este pueblo siempre se han manejado cantidades de dinamita y aquí no se ven actos de terrorismo porque se ha manejado con responsabilidad, pero eso no lo entiende el gobierno [...] ⁶⁴.

Según don Yamil: “En lugar de perseguir a los pequeños mineros” se debería “retomar lo que antes era el Estado” y explica que antes había una administración delegada del Ministerio de Minas que regulaba la minería de oro en Marmato, que era el principal centro de minería de oro a donde llegaba mucha gente del país ⁶⁵. Asimismo, el minero José Dumar Vélez, quien es uno de los accionantes de la acción de tutela que interpusieron los mineros tradicionales en el año 2014 en contra de Minerales Andinos de Occidente y de la Agencia Nacional de Minería, explicó como esta nueva reglamentación ha afectado a los mineros informales y especialmente a aquellos que han tenido que dedicarse a la “guacha” o al “guacheo” después de que se produjo el cierre de las minas por parte de la compañía. Al respecto, Dumar sostiene lo siguiente:

Después de la reglamentación fue que comenzó todo este caos acá en Marmato, ya Usted no tiene la libertad para negociar el oro. Los intermediarios también están

64 Entrevista al empresario minero marmateño y titular de minas Yamil Ammar Cataño, fundador y presidente del Comité Cívico Pro Defensa de Marmato, el 12 de octubre de 2017.

65 *Ibid.*

en una problemática porque si Usted no tiene títulos o una justificación de donde salió el oro no es fácil comercializar el metal. Los intermediarios empiezan a manejar unos precios sumamente bajos y a raíz de esto para los ‘guacheros’ como los denominan, es muy difícil trabajar, porque los insumos tienen unos altos costos, pero el oro a partir de la reglamentación tiene un muy bajo precio. Entonces no compensa una cosa con la otra⁶⁶.

Por su parte, algunas autoridades como el personero de Marmato han señalado que esta problemática se suma al desempleo creciente en la zona que se produjo como consecuencia de la compra de la mayoría de las minas por parte de la compañía canadiense, las cuales están abandonadas, su acceso está prohibido a los mineros, y solo sirven para la especulación de la compañía con los títulos mineros adquiridos en el sistema financiero, mientras se define el proceso de explotación, especialmente teniendo en cuenta la misma situación de la compañía, la cual, cuando entró en crisis, anunció la venta de las minas⁶⁷.

2. LA DISPUTA ENTRE LA MINERÍA TRADICIONAL A PEQUEÑA ESCALA Y LA GRAN MINERÍA EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

2.1. DESARROLLO VS. DESARROLLO(S)

Para los mineros tradicionales y en general para la comunidad marmateña, la construcción del proyecto minero a gran escala que quiere realizar la compañía canadiense, guarda correspondencia con un modelo de desarrollo extractivista, que está articulado a su vez con la llamada minería transnacional, la cual corresponde a unos pilares de acumulación y de crecimiento económico permanente, a la vez que implica la alteración en la forma tradicional de realizar minería en el municipio minero y una transformación drástica de la visión

66 Entrevista a José Dumar Vélez, minero y accionante de la tutela que dio lugar a las sentencias T-438 de 2015 y SU-133 de 2017 de la Corte Constitucional colombiana, el 12 de octubre de 2017.

67 Caracol Noticias. Personería denuncia grave crisis en Marmato, Caldas, por venta de oro. Noticias Caracol. 10 de febrero de 2015. (Consultado el 12 de junio de 2015). Disponible en <<http://www.caracol.com.co/noticias/regionales/personeria-denuncia-grave-crisis-en-marmato-caldas-por-venta-de-oro/20150210/nota/2626709.aspx>>

del desarrollo que se deriva de aquella. Al respecto, Eulises Lemus, habitante marmateño y reconocido mineralogista sostiene lo siguiente:

La gente ha creído que desarrollo es hacer grandes carreteras y altos edificios y la gente durmiendo en las calles y aguantando hambre. Eso no es desarrollo. [...] Desarrollo es una región donde haya empleo. Donde Usted tenga la capacidad de tener el mínimo vital y de darle la mano a quien viene caído⁶⁸.

Por esto, don Eulises explica que si el Estado protegiera a los pequeños emprendimientos mineros que es como se ha denominado la forma en que se organizan las actividades de pequeña minería en el municipio “se mantendría el desarrollo”⁶⁹. Contrario a lo que pasaría si llegara la compañía y realizara la llamada gran minería, bajo la cual según Eulises “no habría desarrollo porque les quitaría la posibilidad de vida y de subsistencia”⁷⁰. De manera similar, Johan Bolaños, exconcejal y excandidato a la Alcaldía de Marmato, explica lo siguiente:

En la parte alta que es donde está concentrada la mayor cantidad de minas en Marmato [...] es totalmente diferente. Nosotros hablamos de coches y de cables. Ellos hablan de locomotoras. Manejan sus retroexcavadoras. Tienen plantas de beneficio donde pueden triturar y moler lo que se puede sacar en Marmato en un mes. Ellos lo pueden moler en un día. Es mucha la diferencia. [...] Cuando unas personas que no son de acá, de Marmato ni del país, vienen a nuestro pueblo y sin pedir permiso ni autorización irrumpen en nuestra cultura, cambian completamente nuestra idiosincrasia, nuestra forma de pensar, irrumpen en lo máspreciado que puede tener un ser humano que es la tranquilidad, pasan por encima de todos los derechos de la gente [...] entonces no entiendo que es lo que pasa [...].⁷¹

Haciendo referencia a los hechos atrás descritos que guardan relación con el cierre de minas por parte de la compañía y las acciones que implicaron la destrucción de los instrumentos y herramientas de trabajo de los mineros marmateños, el excandidato a la alcaldía cuestionó la promesa del desarrollo de la compañía señalando que:

68 Entrevista al marmateño y experto en mineralogía Eulises Lemus el 12 de octubre de 2017.

69 *Ibid.*

70 *Ibid.*

71 Entrevista al exconcejal, excandidato a la alcaldía de Marmato y empresario minero marmateño, Johan Bolaños, el 13 de octubre de 2017.

Si a un ser humano como yo, de 46 años de edad, que vio cómo la transnacional compraba molinos y minas, y cogía las plantas de beneficio, las desmantelaba, a las mesas de concentrar les boleaban hacha y acetileno, y a las otras cosas les boleaban pulidora, machete, para destrozar nuestra cultura y nuestra identidad ¿Yo le llamaría a eso desarrollo? No. [...] Desarrollo para mi es que alguien ingrese a mi territorio, me pida permiso primero, me informe, y yo comience a tener un periodo de análisis, de pensar, de que me permitan ser muy democrático [...] hablar, discutir, bueno, pero aquí no. Aquí vinieron, irrumpieron, vamos a hacer esto y se pararon encima de los marmateños⁷².

En general, para los marmateños, las acciones que ha emprendido la compañía en contra de los mineros tradicionales de Marmato, de las minas y de sus instrumentos de trabajo, no responden a una idea del desarrollo. Según miembros de la comunidad marmateña, el desarrollo no puede venir de una serie de atropellos como los que han sufrido desde la llegada de la compañía, razón por la cual la gente en Marmato desconfía de la promesa del desarrollo de la compañía. Al respecto, la ex gobernadora indígena Adriana Palomino explica: “[...] para querer tapar lo malo que hacen lo maquillan con la responsabilidad social [...] engolosinan a la gente con esos proyectos que son responsabilidad del Estado y que el Estado no los hace [...]”⁷³.

Igualmente, para la gente de Marmato, la relación que existe entre la idea del desarrollo y la posibilidad de seguir realizando actividades de minería tradicional a pequeña escala, es una relación casi inescindible. Sobre este punto, algunos miembros de la comunidad marmateña han señalado que en que en caso de ejecutarse o de llevarse a cabo el proyecto de la compañía, y teniendo en cuenta la maquinaria y las ventajas de tecnificación con que esta cuenta, es probable que mucha gente se quede sin empleo. Sobre este punto, don Yamil Ammar explica:

El desarrollo es que la sociedad esté bien. Que la comunidad esté bien. En este momento en Marmato hay por lo menos unas 4.000 personas que de forma directa dependen de la minería. Con la llegada de una compañía que pretende desarrollar un proyecto a cielo abierto, el personal es de más o menos 1.000 personas, mientras

72 *Ibid.*

73 Entrevista a Adriana Palomino, exgobernadora indígena, integrante del Comité Cívico Pro Defensa de Marmato y de la Asociación de Mineros Tradicionales de Marmato (Asomitrama), el 14 de octubre de 2017.

montan las maquinarias y todo eso. Después ya son las máquinas las que trabajan. Y ese personal para manejar esas máquinas casi nunca es de la región [...]. Entonces, ¿De qué se beneficia? De pronto la Nación de forma no tan perdurable como con la pequeña minería si recibe unos recursos grandes [...]. Pero en vez de fomentar el empleo, el empleo desaparece⁷⁴.

Por su parte, el presidente de Asomitrama, Rubén Darío Rotavista, explica que la forma de hacer minería de la compañía implica ciertas transformaciones que no se compaginan con la visión del desarrollo de la comunidad marmateña ni con la relación que tiene esta visión con su cultura minera. Al respecto, señala:

¿Que han querido ellos? Venir y acaparar todo [...]. La gran minería no genera empleo. Porque ellos meten unas volquetas de tres metros de alto las llantas y meten unos “bulldozer” grandísimos y meten un Jumbo a romper que genera 500 o 600 huecos. Eso no genera empleo. Y se ve en La Guajira. Y tampoco genera desarrollo [...]. Habría que mirar los parámetros de desarrollo. El gobierno tiene su plan de desarrollo nacional. Nosotros tenemos un plan de desarrollo como comunidades. Para nosotros ¿qué es el desarrollo desde el punto de vista del minero? Tener casa propia. Tener una familia. Tener salud y tener obviamente forma de sostenerse⁷⁵.

Por otro lado, en el marco de las entrevistas que realicé en Marmato durante el desarrollo de esta investigación, también me llamó la atención que todas las personas a las que entrevisté, a pesar de desempeñar roles diferentes en el municipio, coincidían en otorgarle una gran importancia al papel de “las generaciones futuras” en la actividad minera que se realiza en Marmato. Cuando le pregunté a diferentes miembros de la comunidad marmateña por el tipo de minería que se realizaba en el municipio y sobre las similitudes o diferencias que tenía aquella con las actividades mineras que quería llevar a cabo la compañía canadiense, todas las personas entrevistadas coincidieron en afirmar que el proyecto a gran escala de la compañía estaba concebido para realizarse en un periodo de tiempo determinado que se estimaba aproximadamente entre veinte y treinta años, tiempo en el cual se pretendía extraer todo el oro del cerro de Marmato.

74 Entrevista al empresario minero marmateño y titular de minas Yamil Ammar Cataño, fundador y presidente del Comité Cívico Pro Defensa de Marmato, el 12 de octubre de 2017.

75 Entrevista a Rubén Darío Rotavista Vanegas, presidente de la Asociación de Mineros Tradicionales de Marmato (Asomitrama), el 14 de octubre de 2017.

Este aspecto era percibido por las personas entrevistadas como especialmente problemático. Según ellos, así como sus ancestros les habían dejado el cerro para sacar el oro que “necesitaban para vivir”, ellos querían hacer lo mismo con sus descendientes y dejarles a sus “futuras generaciones” el patrimonio que ellos también habían heredado desde tiempos ancestrales. Por esta razón, las personas con las que tuve la oportunidad de dialogar me manifestaron que para los habitantes de Marmato no tiene sentido extraer todo el oro de la montaña en un término de veinte o treinta años, ni agotar en un periodo tan limitado de tiempo los recursos de los cuales derivan su sustento, así como el patrimonio que quieren dejarle a sus hijos y nietos. Al respecto, el minero Mario Tangarife sostiene:

La minería en Marmato siempre ha sido la misma. Desde que se inició siempre ha sido una minería de socavón, una minería que se hace a pala y pica como llamamos nosotros, con un martillo, un taladro, una barra. [...] Lo tradicional es porque es de tradición porque hace muchos años nuestros abuelos, nuestros tatarabuelos que lo han hecho, nos enseñaron esa tradicionalidad que es la minería, como la minería es el único sustento para nosotros y de tradición en tradición hay que cuidar la mina. Hay que seguir porque ese es el sustento para Usted, para su familia, para sus hijos, sus nietos [...]76.

De manera similar, el minero Dumar Vélez manifestó:

Nosotros tenemos aquí más de 500 años de estar trabajando una minería tradicional [...]. La compañía viene, hace un proyecto donde va a dejar un desierto en menos de 70 años. Cuál es el futuro de esa tradición para nuestras generaciones [...]. Ellos no van a tener ningún tipo de recurso más adelante. La compañía va a venir, va a sacar los recursos, va a dejar esto convertido en un desierto y se va a ir [...]. Entonces esa es una de las razones por las cuales no es lo mismo a como veníamos trabajando artesanalmente, a como ellos pretenden trabajar en este momento en este pueblo [...]. Nosotros en este momento no vemos viable minería a gran escala en Marmato [...] porque tendríamos vida presente pero no quedaría vida futura77.

76 Entrevista al minero Mario Tangarife, vicepresidente de la Asociación de Mineros Tradicionales de Marmato (Asomitrama), el 14 de octubre de 2017.

77 Entrevista a José Dumar Vélez, minero y accionante de la tutela que dio lugar a las sentencias T-438 de 2015 y SU-133 de 2017 de la Corte Constitucional colombiana, el 12 de octubre de 2017.

La especial importancia que tiene para los habitantes de Marmato el papel de las “generaciones futuras” en la actividad minera del municipio y en la forma en la que esta se realiza, refleja el entendimiento que tienen estos actores de la minería y la territorialidad que como se explicó en la introducción de este capítulo, trasciende la dimensión económica de la relación con el territorio. Esta visión se aleja de la lógica de acumulación de recursos que implica el proyecto de minería a gran escala de la GCG, el cual responde a una visión del desarrollo preponderantemente económica. La noción de desarrollo de los habitantes de Marmato se asemeja más a otras visiones del desarrollo que cuestionan la lógica de “acumulación” en la actividad minera a gran escala.

2.2. EL DILEMA DE DEFENDER EL TERRITORIO “EN LAS CALLES” O “EN LOS TRIBUNALES”

Teniendo en cuenta que el proyecto de la compañía, ha sido percibido en general por los habitantes de Marmato como una amenaza para la actividad de la cual se deriva su principal sustento para vivir, y dada la imposibilidad cada vez mayor de los pequeños mineros para continuar explotando tradicionalmente y de manera autónoma las minas en el municipio, en años recientes se dieron algunas discusiones entre algunos miembros de la comunidad sobre si se debía acudir o no a algunos de los instrumentos jurídicos y vías legales tales como la acción de tutela para reclamar el derecho a la consulta previa con el objetivo de defender su territorio, especialmente por los alcances restringidos del derecho en este tipo de acciones.

En el marco de esta investigación tuve la oportunidad de hablar particularmente con dos líderes que habían participado activamente en algunas de esas discusiones, que se concentraron principalmente en debatir si era conveniente o no interponer una acción de tutela invocando el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes que estaban asentadas en Marmato, algunas de las cuales realizaban actividades de minería tradicional en el municipio. Al respecto, hay que tener en cuenta que en Marmato, no solo el 17 % de la población marmateña es indígena y el 56 % es afrodescendiente, sino que miembros de la comunidad indígena Cartama y de la comunidad afrodescendiente Asojomar han venido realizando tradicionalmente actividades de minería de manera artesanal e informal.

Esta circunstancia explica por qué, a propósito del conflicto minero en este municipio, emergió la discusión sobre si era conveniente acudir o no a la consulta previa por medio de la acción de tutela y si debía utilizarse como

mecanismo para hacerle frente de manera particular a la orden de desalojo de la mina Villonza, y de manera general, al proyecto de minería a cielo abierto de la compañía canadiense.

Adriana Palomino, mujer marmateña, exgobernadora indígena e integrante del Comité Cívico Pro Defensa de Marmato y de la Asociación de Mineros Tradicionales de Marmato, al respecto explica:

La minería que en realidad se viene desarrollando desde tiempos inmemorables digo yo, porque la minería no solo data desde 1492, que la humanidad lo data como la llegada de los europeos, de la gente que vino de ultramar, sino de los años que estábamos los pueblos originarios que son mis ancestros los moragas, los cartamas, los sopías [...] ese era el modo de vida y el estilo de vida que llevaban mis ancestros por eso el cerro de Marmato [...] entonces la minería no ha sido una cosa nueva en Marmato, que ha venido satanizando el gobierno diez años atrás, que dice que la minería es ilegal. Nosotros venimos de una minería ancestral tradicional [...]⁷⁸.

En este orden de ideas, y de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico colombiano⁷⁹, las autoridades nacionales deben garantizar la participación de las comunidades y consultar a los pueblos indígenas y tribales, incluyendo las comunidades afrodescendientes –negras, palenqueras y rai-zales– cuando se prevean medidas administrativas o legislativas que puedan afectarlas directamente.

Según la Corte Constitucional colombiana, la explotación de los recursos naturales de los territorios indígenas ha de ser compatible con la protección que el Estado debe brindar a los pueblos y comunidades para garantizar su

78 Entrevista a Adriana Palomino, exgobernadora indígena, integrante del Comité Cívico Pro Defensa de Marmato y de la Asociación de Mineros Tradicionales de Marmato (Asomitrama), el 14 de octubre de 2017.

79 El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) es el instrumento que regula en el ámbito internacional la consulta previa, y fue incorporado al ordenamiento jurídico colombiano por medio de la Ley 21 de 1991. Asimismo, en la Sentencia C-864 de 2008 la Corte Constitucional de Colombia señaló expresamente que dicho convenio hace parte del bloque de constitucionalidad. El concepto de bloque de constitucionalidad hace referencia a aquellas normas y disposiciones que, si bien no hacen parte del texto constitucional, son consideradas parte integral de la Constitución, como es el caso de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Al respecto, la Corte Constitucional colombiana ha señalado explícitamente que los convenios emanados de la Organización Internacional del Trabajo hacen parte del derecho interno y que algunos de ellos forman parte en estricto sentido del bloque de constitucionalidad. Ver Corte Constitucional, Sentencia C-617 de 2008. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

integridad económica, social y cultural. En palabras de la Corte, esta idea de integridad constituye un derecho fundamental de las comunidades debido a que está estrechamente relacionado con su supervivencia como grupo humano y como cultura. De esta manera, para asegurar la supervivencia de los grupos y comunidades étnicas es indispensable que se reconozca su derecho a la participación en decisiones que impliquen la explotación de recursos naturales en sus territorios⁸⁰.

Al respecto, una de las líderes que era partidaria de acudir a la consulta previa como mecanismo de defensa de su territorio, me explicó que ella percibía como positiva la estrategia de acudir a este mecanismo, porque, en caso de ganar la acción de tutela, el pueblo de Marmato contaría con el aval y con la protección del mismo Estado para seguir desarrollando actividades de minería a pequeña escala de manera tradicional y artesanal. Por esta razón, ella consideraba que acudir a este mecanismo era la mejor opción con la que contaba la comunidad.

Sin embargo, otro de los líderes me manifestó que tenía serias dudas sobre si acudir a la consulta previa era lo más conveniente para defender el territorio de Marmato y hacerle frente al proyecto de minería a gran escala de la GCG. Sus dudas obedecían a que, por un lado, existía un riesgo de que no les fuera concedida la acción de tutela con la que se pretendía proteger el derecho a la consulta previa de las comunidades afectadas; y, por otro lado, incluso en el caso en que les fuera concedida la tutela, tampoco había claridad sobre si los resultados de la consulta eran obligatorios o no. Además, él tenía conocimiento sobre algunos casos en diferentes partes del territorio colombiano, en los que, como consecuencia de los procesos de consulta impulsados por otras compañías, la comunidad se había dividido. Por estas razones, este líder que no estaba convencido de acudir la consulta previa, consideraba más conveniente que la gente siguiera defendiendo el territorio de Marmato “en las calles”, por medio de acciones de movilización social.

Finalmente, en relación con dicha discusión, Darío Arenas explica que en búsqueda de los diferentes caminos posibles para resolver la problemática que se presentó en Marmato con la llegada de los inversionistas canadienses, la gente escogió apostarle a la consulta. Según el dirigente “lo que ha habido es una decisión de coger el toro por los cachos de decir metámonos a la consulta

80 Corte Constitucional colombiana. Sentencia SU-039 de 1997. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

y hagámoslo bien”⁸¹. Al respecto, sostiene que actualmente la discusión es otra, “hoy la discusión no es tanto si estamos o no de acuerdo con la consulta sino qué vamos a hacer porque ya es una orden”⁸². Igualmente, explica que a pesar de los temores que había de acudir a la consulta por los efectos contraproducentes que esta puede traer y teniendo en cuenta otras experiencias de procesos de consulta previa en el país, la gente optó por la consulta en un momento crucial para el pueblo, en el que se iban a ejecutar unas órdenes de desalojo en contra de los mineros⁸³.

2.3. LA SENTENCIA T-438 DE 2015: LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS CARTAMA Y DE LAS COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES DE MARMATO

Como consecuencia del debate atrás señalado sobre cuál era la mejor estrategia para defender el territorio de Marmato y la minería tradicional, algunos miembros de la comunidad decidieron interponer la acción de tutela y a pesar de las dudas que tenían sobre los efectos de este mecanismo, decidieron apostarle a la consulta previa. En este sentido, Orlando de Jesús Ramírez Rincón, Jaime Arturo Ramos Ortiz, José Dumar Vélez y Carlos Arturo Botero Gaviria interpusieron la acción de tutela en contra de la Alcaldía Municipal de Marmato, Caldas, y la Agencia Nacional de Minería y Minerales Andinos de Occidente S. A.

Los accionantes alegaron que el cierre y suspensión de la mina en la que ellos ejercían de manera tradicional actividades de minería artesanal e informal habían provocado su afectación y la vulneración de sus derechos al debido proceso, al trabajo, a la libertad para ejercer profesión u oficio, al mínimo vital y a la consulta previa. Como consecuencia de la acción interpuesta, el 13 de julio de 2015 la Corte Constitucional colombiana por medio de la Sentencia T-438 de 2015 decidió conceder la tutela, la cual, había sido negada en las dos instancias anteriores, primero por el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio y luego por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales.

81 Entrevista a Darío Arenas Villegas, líder social y político del Departamento de Caldas y ex candidato a la Cámara de Representantes, el 10 de octubre de 2017.

82 *Ibid.*

83 *Ibid.*

El tribunal constitucional resolvió proteger el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad indígena Cartama y de la comunidad afrodescendiente Asojomar, que se han dedicado a la minería artesanal en la mina Villonza, localizada en la parte alta del cerro “El Burro” del municipio de Marmato.

La Corte ordenó al mismo tiempo a la empresa GCG y a Minerales Andinos de Occidente S. A. suspender inmediatamente las actividades de minería a gran escala que se estuvieran realizando directamente o por interpuesta persona en la parte alta del cerro “El Burro” y específicamente en la mina Villonza del municipio de Marmato. La Corte argumentó que “la falta de consulta previa a la comunidad indígena y afrodescendiente que se dedica a la explotación minera en la mina Villonza, de cuya pretermisión se derivaría el quebrantamiento de derechos fundamentales de quienes acudieron a la tutela y sus comunidades, hace evidente que esta acción es la vía idónea y expedita para lograr el amparo de tales derechos”⁸⁴.

El tribunal constitucional también afirmó que se encontraba probado que la mina Villonza había sido “explotada artesanal e informalmente por miembros de la comunidad indígena Cartama y por miembros de la comunidad afrodescendiente Asojomar, por lo que sí era necesario el agotamiento del proceso consultivo, teniendo en cuenta que dicha mina constituye el ámbito de sus actividades culturales y económicas”⁸⁵. La Corte señaló, por un lado, que las personas de dichas comunidades necesitaban seguir explotando la mina, teniendo en cuenta que de ella derivaban su sustento diario; y, por otro lado, que al existir un nexo desde tiempos ancestrales entre el territorio y la supervivencia cultural y económica de la comunidad indígena Cartama y afrodescendiente Asojomar, el derecho a la consulta previa constituía un instrumento necesario para la protección de la diversidad étnica y cultural de dichas comunidades, y que su violación provocaba a su vez la violación de otros derechos de las comunidades afectadas, tales como la autonomía e integridad cultural y social⁸⁶.

84 Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-438 de 2015. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-438-15.htm>>

85 *Ibid.*

86 *Ibid.*

2.4. LA NULIDAD DE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Meses después de la decisión adoptada por la Corte, por medio de la cual se ordenó a la GCG suspender sus actividades orientadas a desarrollar el proyecto de minería a gran escala en el municipio, la sentencia fue declarada nula por medio del Auto 583 de 2015 como consecuencia de las acciones de nulidad interpuestas el 9 de septiembre de 2015 por Minerales Andinos de Occidente S. A., la cual a su vez fue coadyuvada por el Ministerio de Minas y Energía; el 18 de septiembre de 2015 por Alberto Castro Saldarriaga cotitular del título minero CHG-081 de 2002; y el 24 de septiembre de 2015 por la Agencia Nacional de Minería.

Dentro de las causales de nulidad invocadas, la Corte acogió la relacionada con la “indebida integración del contradictorio” por no haber vinculado al proceso al señor Alberto Castro Saldarriaga quien, junto con Minerales Andinos de Occidente S. A. y la sociedad Mineros Nacionales S. A.S., se consideraba cotitular del título minero CHG-081 de 2002. Según la Corte, al no vincular al proceso al señor Castro Saldarriaga se vulneró su derecho al debido proceso por no permitírsele ejercer su derecho de contradicción dentro del proceso.

2.5. LA SENTENCIA SU-133 DE 2017: LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN Y DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

De manera posterior a la nulidad de la sentencia del 2015, la Corte Constitucional emitió una segunda sentencia corrigiendo los errores de la primera sentencia: la T-438 de 2015. La naturaleza de esta segunda decisión que fue adoptada por nueve magistrados en sala plena, no solo tuvo una importancia mayor que la anterior por tratarse de una “sentencia de unificación”, sino que tuteló nuevamente el derecho a la consulta previa de las diferentes comunidades de Marmato. Esta nueva sentencia fue emitida el 28 de febrero de 2017 con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva y con salvamento de voto de los magistrados Luis Guillermo Guerrero, Alejandro Linares Cantillo y Antonio José Lizarazo Ocampo.

En esta ocasión la Corte precisó en su decisión que se iba a referir fundamentalmente a dos hechos: primero, a la cesión de títulos mineros a la compañía GCG en la parte alta del cerro y, segundo, al proceso de amparo administrativo

sobre el título CHG-081 en virtud del cual se ordenó cerrar y desalojar la mina⁸⁷. Específicamente, el tribunal señaló que su objetivo era determinar por un lado, si la autorización de dicha cesión había vulnerado el derecho a la participación de los mineros tradicionales de Marmato y el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes que habitan el municipio y, por otro lado, si la orden de cerrar y desalojar la mina Villonza había vulnerado el debido proceso de los peticionarios o había provocado la amenaza de sus derechos fundamentales al mínimo vital, al trabajo y a la libertad de oficio.

En cuanto al primer hecho, los accionantes alegaron que dicha cesión había afectado el orden social de Marmato, el cual había sido estructurado históricamente a partir de la distribución del cerro entre los pequeños y medianos mineros. Los mineros tradicionales señalaron que la decisión de esa cesión debió contar con un espacio de información, participación y concertación dado que los mineros tradicionales, entre quienes se encuentran miembros de comunidades étnicas, han explotado tradicionalmente el recurso aurífero en la zona y que las comunidades indígenas y afrodescendientes debieron ser consultadas por medio del mecanismo de la consulta previa.

Por su parte, en cuanto a la orden de cerrar y desalojar la mina Villonza en el marco del proceso de amparo administrativo, los accionantes alegaron que no fueron notificados de dicho trámite y que la orden de desalojo había

87 Es importante recordar lo explicado en las secciones anteriores de este capítulo sobre el origen del contrato CHG-081, que fue el resultado de la estrategia de formalización minera y particularmente del programa de integración de los tres niveles de la zona alta del cerro, que fue impulsado por Minercol. Este programa se impulsó como respuesta a la dificultad que tenía el catastro minero de inscribir los títulos de esa parte del cerro, en el marco del programa de formalización de la Ley 141 de 1994, por estar organizados los títulos en cotas, es decir, en la misma área, pero a diferente altura. Para superar esa dificultad y poder llevar a cabo la formalización de los títulos del área, Minercol propuso la integración de la parte alta por medio de la elaboración de un contrato de mediana minería para cada nivel, suscrito por todos los titulares del respectivo nivel. Esta solución, que constituyó en últimas la reordenación de los títulos sobre un sistema de cotas, trajo como resultado un único contrato: el CHG-081, que pudo inscribirse finalmente en el catastro minero. Al respecto, también es importante aclarar que en el contexto en el que se logró la elaboración y la firma de este contrato existían unos empresarios interesados en comprar a los pequeños mineros sus derechos de explotación, para lo cual necesitaban los títulos debidamente registrados, también unos mineros locales interesados en tener derechos legales sobre sus minas y, por último, unas autoridades interesadas en agrupar a los pequeños mineros en un solo contrato y poder negociar con un solo contratante. Véase: LOPERA. La parte alta del cerro es para los pequeños mineros. Sobre la vigencia del régimen minero especial para Marmato y su influencia en la construcción de territorialidad, cit., pp. 130-132.

vulnerado sus derechos al trabajo, al mínimo vital y a la libertad de oficio, teniendo en cuenta que su sustento y el de sus familias dependen de los emprendimientos de pequeña minería que tradicionalmente han realizado en la zona alta del cerro El Burro.

En este orden de ideas, la Corte se dispuso a verificar principalmente “si las cesiones podían afectar a los marmateños de un modo que demandara la previsión de espacios participativos que les permitieran acceder a la información necesaria para valorarlas e intervenir en el diseño de las medidas encaminadas a prevenir, modular y conjurar sus efectos”⁸⁸. Para tales efectos, la Corte entró a evaluar si tal como lo habían sostenido las autoridades de la Defensoría del Pueblo y de la Personería, “la compra masiva de minas, su posterior cierre y la destrucción de los montajes que habían construido los mineros para la explotación del mineral (molinos, tolvas, cables aéreos, edificios, etc.) desestabilizaron social y laboralmente al municipio, pues supusieron que alrededor de 800 personas que se dedicaban a la actividad minera perdieran sus empleos”⁸⁹.

Del análisis del caso concreto, la Corte Constitucional concluyó en primer lugar que los habitantes de Marmato y de los peticionarios, en su condición de mineros tradicionales, tienen derecho a participar en la adopción de las decisiones que autorizaron la cesión de los derechos mineros amparados por el título CHG-081. En segundo lugar, la Corte precisó que las comunidades negras e indígenas asentadas en Marmato tienen derecho a ser consultadas sobre las decisiones que autorizaron la cesión de los derechos mineros amparados por el título CHG-081.

Sobre el derecho de participación de los habitantes de Marmato y de los peticionarios en su condición de mineros tradicionales, la Corte se concentró en resolver el problema relativo a “la infracción del derecho fundamental de los accionantes, en su condición de mineros tradicionales y pobladores de Marmato, a participar de la adopción de unas decisiones que les conciernen, en tanto confrontaron el modelo de explotación minera en virtud del cual se han estructurado las relaciones sociales, productivas, culturales y el ordenamiento territorial de su municipio”⁹⁰. Es decir, la Corte abordó el problema desde el punto de vista del principio de participación como mandato de alcance

88 Corte Constitucional colombiana. Sentencia SU-133 de 2017. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/su133-17.htm>>

89 *Ibid.*

90 *Ibid.*

general, el cual según dicho tribunal “irradia sobre todos los ciudadanos y en ámbitos públicos y privados, en virtud de su transversalidad y de su carácter universal y expansivo”⁹¹.

Para ello, la Corte examinó tres preguntas principalmente: (i) si la cesión de derechos mineros tiene la potencialidad de generar afectaciones que impongan el agotamiento de escenarios participativos; (ii) si, de ser ese el caso, las cesiones cuestionadas generaron algún tipo de impacto que ameritara su discusión con los habitantes de Marmato y en particular con quienes, como los accionantes, aducen haber realizado actividades de minería tradicional en la parte alta del cerro El Burro, y, (iii) si el hecho de que los peticionarios no realicen labores de explotación minera al amparo de un título descarta que puedan haber sido afectados por las cesiones y desvirtúa su derecho a participar en la adopción de las decisiones que las autorizaron.

Estos tres interrogantes estaban orientados a determinar en últimas si “el cambio en la titularidad de los derechos de exploración y explotación minera al que dan lugar las cesiones genera supuestos de afectación que condicionen su autorización al agotamiento de procesos participativos con las personas, familias y comunidades eventualmente concernidas, o si, por el contrario, se trata de una cuestión inane, desprovista de efectos que demanden la previsión de ese tipo de procesos, como lo indicaron los cotitulares del contrato CHG-081”⁹².

Al respecto, la Corte argumentó que “en el contexto de los mandatos constitucionales que caracterizan al Estado colombiano como una democracia participativa y le atribuyen como fin esencial el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, cualquier interpretación que reivindique la existencia de escenarios vedados a la salvaguarda del derecho fundamental a la participación resulta inadmisibles”⁹³. Según la Corte, “frente al ámbito puntual de la minería, la necesidad de garantizar la participación ciudadana frente a todas las etapas de los proyectos mineros; y al reconocer que estos escenarios participativos deben agotarse siempre que el ejercicio de la actividad minera plantee la posibilidad de que se produzca una afectación”⁹⁴.

De acuerdo al análisis del caso en concreto quedó demostrado que la sola modificación de la titularidad de los derechos mineros impactó en las dinámi-

91 *Ibid.*

92 *Ibid.*

93 *Ibid.*

94 *Ibid.*

cas productivas, sociales y culturales del municipio de Marmato. Sobre este punto, la Corte también resaltó el hecho de que el centro urbano del pueblo esté ubicado en el cerro El Burro, donde se concentran la mayor parte de los yacimientos de oro. Según el tribunal constitucional este hecho habla del vínculo que une a la población marmateña con la actividad minera, al punto que el ordenamiento territorial del pueblo y su paisaje urbano se han diseñado en función del modo de producción minero⁹⁵.

La Corte también hizo énfasis en “la principal fuente de ingresos de los habitantes de la zona –quienes se dedican a explorar el oro formal e informalmente, a su procesamiento en los molinos y a los demás encadenamientos productivos que se derivan de la extracción aurífera– y que ha sido esa actividad económica la que ha perfilado las relaciones sociales y los modos de vida de los marmateños”⁹⁶. La Corte explica que “al interior de las minas existe una división del trabajo rudimentaria que permite distinguir a los mineros como capataces de minas, palenqueros, rompedores, cocheros, quemadores, barequeros, toderos, molineros y guacheros. Los dueños de las minas, poseedores, empleados, obreros de la empresa transnacional y barequeros conviven y comparten su vida, por lo tanto, en las laderas del cerro El Burro”⁹⁷.

La Corte finalmente llegó a la conclusión de que “las pautas a partir de las cuales puede ejercerse la minería en Marmato ha sido y sigue siendo un asunto de relevancia para sus pobladores” y, por lo tanto, “uno de los aspectos que mayor incertidumbre suscita en la comunidad y en las autoridades territoriales es el que tiene que ver con la asignación de los derechos para explotar las minas, pues la titularidad para el ejercicio de esos derechos ha sido un asunto históricamente disputado”⁹⁸. Por lo anterior, el tribunal constitucional concluyó que el derecho a participar en la identificación y valoración de los impactos de una cesión de derechos mineros a la etapa del licenciamiento ambiental no puede obviarse, pues la omisión de dicho derecho “equivaldría a sustraer el escenario participativo de su capacidad de incidencia, pues, para entonces, los efectos de la cesión –la asignación de la titularidad del derecho a un sujeto distinto– ya se habrían consumado”⁹⁹.

95 *Ibid.*

96 *Ibid.*

97 *Ibid.*

98 *Ibid.*

99 *Ibid.*

Por su parte, en relación con el derecho de las comunidades negras e indígenas asentadas en Marmato a ser consultadas sobre las decisiones que autorizaron la cesión de los derechos mineros amparados por el título CHG-081, la Corte señaló que teniendo en cuenta que Marmato está integrado por una población multiétnica, y que según las cifras del Departamento Administrativo Nacional de Estadística y del Departamento Nacional de Planeación el municipio contaba para 2015 con una población total de 9.096 habitantes, de los cuales 4.580 son afrocolombianos y 1.357 son indígenas, en el caso en concreto también se produjo una violación del derecho fundamental a la consulta previa de estas comunidades quienes están asentadas en el territorio donde la compañía quiere llevar a cabo el proyecto de minería a gran escala.

Sobre este aspecto, la Corte hizo énfasis en aclarar el tipo de impactos y la forma en la que pueden resultar afectadas las comunidades como consecuencia de un proyecto de tipo extractivo como el diseñado por la compañía. El tribunal constitucional señaló que una potencial afectación directa que implica el agotamiento de un proceso de consulta no solo debe determinarse de acuerdo a la distancia física que separa a la comunidad afectada del proyecto respecto del cual se reclama la consulta. Por lo tanto, aunque la ubicación de las comunidades dentro del área de influencia de los proyectos de desarrollo puede ser indicativa de su eventual exposición a ese tipo de impactos, si la comunidad se encuentra por fuera de esos límites tampoco debe descartarse la posibilidad de que aquella resulte afectada por los impactos derivados del proyecto.

Al respecto, la Corte afirmó lo siguiente: “la afectación directa que puede derivarse para una comunidad étnicamente diferenciada de determinada obra, política, plan, proyecto o programa puede manifestarse de diversas maneras, no solo en virtud de los impactos materiales que la medida genera sobre su territorio”¹⁰⁰. Según el tribunal constitucional, pueden existir “afectaciones vinculadas a circunstancias culturales, sociales, económicas y espirituales que no suelen ser identificadas en el marco de los estudios ambientales que delimitan el área de influencia directa e indirecta de los proyectos extractivos”¹⁰¹.

A partir de los anterior, la Corte ordenó realizar dos procesos de participación, uno con los mineros tradicionales y los habitantes de Marmato, y el otro con las comunidades indígenas y afrodescendientes en el marco de los términos de la consulta previa, para determinar en ambos procesos los impactos de las

100 *Ibid.*

101 *Ibid.*

decisiones administrativas que autorizaron la cesión de los derechos mineros emanados del título CHG-081 y para diseñar en dichos procesos las medidas adecuadas para conjurar tales impactos.

Según la Corte, con esta decisión se quiere conciliar el principio constitucional de participación con otros principios como el de protección del ambiente sano y de la diversidad étnica y cultural; el deber estatal de intervención en la economía; el principio de autonomía territorial y los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, trabajo y libertad de oficio. En este sentido, según lo señalado por dicho tribunal, con la solución adoptada se quiere conciliar estos principios de cara a la responsabilidad del Estado respecto de la planificación del manejo y del aprovechamiento del recurso minero.

Dado que la situación analizada en el caso en concreto comprometió en palabras de la Corte los derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional, cuya subsistencia, modos de vida e identidad cultural dependen del ejercicio de una actividad que han desempeñado de buena fe, “amparados en la confianza legítima que les suscitaron el régimen legal especial de Marmato y la costumbre que han destinado la parte alta del cerro El Burro al ejercicio de emprendimientos mineros de pequeña minería”, la protección que concedió la Corte a las comunidades en este caso aspira, según este tribunal, a garantizar que:

En el marco de instancias de participación y de consulta previa, los habitantes de Marmato, los mineros tradicionales y las comunidades indígenas y afrodescendientes asentadas en la zona, identifiquen, a través de las organizaciones y autoridades que las representen, los impactos que se derivaron de la autorización de las cesiones de los derechos mineros emanados del título CHG-081 y acuerden la adopción de las medidas encaminadas a salvaguardar su derecho a ejecutar labores de exploración y explotación minera en la parte alta del cerro El Burro, para garantizar su subsistencia, a través de emprendimientos autónomos de pequeña minería.

2.6. LOS INVERSORES CANADIENSES DESAFÍAN NUEVAMENTE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Con posterioridad a la segunda decisión emitida por la Corte, la compañía a través de la Agencia Nacional de Minería y de Minerales Andinos de Occidente S. A. volvió a pedir que se declarara la nulidad de la nueva sentencia, esta vez coadyuvada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y la

Asociación Colombiana de Minería. Sin embargo, en esta ocasión la sentencia de la Corte quedó en firme y la petición de nulidad no fue acogida. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, como nuevo agente interviniente en el pleito jurídico de Marmato y en el incidente de nulidad, añadió que la Corte Constitucional colombiana en su decisión había creado un requisito *contra legem* que atentaba contra la seguridad jurídica del ordenamiento jurídico colombiano. Este actor también argumentó que la consulta previa solo procede respecto de decisiones emanadas de las autoridades públicas pero no respecto de “particulares que no ostentan ninguna función administrativa y que solo se encuentran desarrollando una figura reconocida en el ordenamiento jurídico minero a la autonomía privada de las partes”¹⁰².

Por medio del Auto 511 del 3 de octubre de 2017, la Corte denegó las nuevas solicitudes de nulidad. Esta vez la Corte hizo énfasis en el carácter excepcional de las acciones de nulidad interpuestas en contra de las sentencias proferidas por ella y explicó que la nulidad “no puede promoverse como una alternativa o instancia adicional para que la Sala Plena de la Corte reasuma el debate probatorio y argumentativo previamente agotado”¹⁰³. Al respecto, la Corte afirmó que “consentir que los debates concluidos por la Corte Constitucional puedan ser cuestionados de manera indefinida dentro de los incidentes de nulidad desconoce el carácter inmutable, intangible, definitivo, indiscutible y obligatorio de los fallos que ella profiere, como órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional”¹⁰⁴.

La Corte argumentó en el caso concreto que

la procedibilidad de un nuevo incidente de nulidad, respecto de la sentencia de reemplazo que se profiere producto de un incidente de nulidad previo, representa una afectación severa del principio de seguridad jurídica y del derecho fundamental al debido proceso; es decir, el fundamento por el cual la jurisprudencia constitucional ha admitido, desde los primeros años, la posibilidad de solicitar la nulidad de una sentencia proferida en sede de revisión¹⁰⁵.

102 Corte Constitucional colombiana. Auto 511 de 2017. M. P. Carlos Bernal Pulido. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2017/a511-17.htm>>

103 *Ibid.*

104 *Ibid.*

105 *Ibid.*

La Corte afirmó que el nuevo incidente de nulidad interpuesto en el presente caso, más que un remedio procesal excepcional, fue empleado en esta oportunidad “para reabrir el debate probatorio y cuestionar la argumentación jurídica de la Sentencia SU-133 de 2017”¹⁰⁶. En palabras de la Corte, esta finalidad desborda la competencia del tribunal constitucional, en la medida que este no puede entrar a estudiar la corrección jurídica de la decisión. Sobre este punto, la Corte reiteró que “el incidente de nulidad no constituye una nueva instancia que permita cuestionar el sentido de la decisión tomada, en este caso, por la Sala Plena. Como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional”¹⁰⁷.

Según la Corte, “cuando se acude a la nulidad de manera desesperada, se desfigura su sentido y se quebranta la seguridad jurídica”¹⁰⁸. Por lo tanto, la Corte concluyó que “a menos que exista una novedosa y gravísima violación del debido proceso no resulta procedente interponer una nulidad frente a una sentencia de reemplazo”¹⁰⁹. Por lo anterior, la Corte afirmó que en el caso concreto las solicitudes de nulidad eran improcedentes. En primer lugar, señaló que la sentencia “SU-133 de 2017 se profirió luego de haber sido declarada la nulidad de la Sentencia T-438 de 2015, mediante el Auto 583 de 2015; por tanto, permitir que mediante el incidente de nulidad se controvirtieran *ad infinitum* las decisiones proferidas por la Corte, so pretexto de entrar a estudiar la corrección jurídica de sus providencias, desconoce los principios de seguridad jurídica, certeza en la aplicación del derecho y cosa juzgada”¹¹⁰.

Asimismo, la Corte analizó y desvirtuó los tres cargos de nulidad formulados en contra de la Sentencia SU-133 de 2017. Específicamente en lo relativo a la omisión del análisis de asuntos de relevancia constitucional, la Corte consideró que “los argumentos expuestos por los incidentalistas no planteaban vulneraciones ciertas, graves y trascendentales al debido proceso. Por el contrario, se limitaron a cuestionar el sentido del fallo, la valoración probatoria y la argumentación jurídica empleada en la sentencia, lo cual desbordaba la naturaleza del incidente de nulidad”¹¹¹.

106 *Ibid.*

107 *Ibid.*

108 *Ibid.*

109 *Ibid.*

110 *Ibid.*

111 *Ibid.*

2.7. RETOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA SENTENCIA QUE CONFIRMÓ LA CORTE CONSTITUCIONAL

La implementación de la sentencia de la Corte que protegió los derechos fundamentales de las comunidades en Marmato implica un reto enorme para las autoridades a las que dicho tribunal ordenó dar cumplimiento a la sentencia, sobre todo teniendo en cuenta que parte de las dificultades de la implementación de la sentencia tienen que ver con la falta de confianza de las comunidades frente a las autoridades vinculadas a la decisión de la Corte. De acuerdo a lo explicado en las secciones anteriores de este capítulo, algunas de las acciones emanadas de tales autoridades son percibidas por la gente de Marmato como favorables a la “gran minería” o al tipo de minería que quiere llevar a cabo la compañía, pero desfavorables a la pequeña minería.

Algunas de las personas entrevistadas en el marco de esta investigación manifestaron que para ellas no resulta comprensible por ejemplo que la Agencia Nacional de Minería, que es una de las entidades estatales a quien la Corte ordenó impulsar una serie de acciones en cumplimiento de la sentencia¹¹², sea

112 En la parte resolutoria de la Sentencia SU-133 de 2017, la Corte Constitucional ordena en sus puntos quinto y séptimo lo siguiente: “Quinto. Ordenar a la Agencia Nacional de Minería que, dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de la comunicación de esta providencia, ponga a disposición de los accionantes, de los representantes de los habitantes de Marmato, de los mineros tradicionales y de las comunidades negras e indígena del municipio, los estudios técnicos, económicos, sociales, culturales y jurídicos que sirvieron de sustento para aprobar la cesión de los derechos mineros emanados del título CHG-081. Para el efecto, realizará un inventario de los mismos y entregará copia de estos a las personas que lo requieran. La disponibilidad de la información se mantendrá indefinidamente. [...] Además, la Agencia deberá elaborar un informe que identifique i) los contratos de concesión que se han otorgado en la parte alta del cerro El Burro; ii) a sus actuales titulares y iii) el número de solicitudes de legalización de actividades de minería ejecutadas en Marmato que se encuentran en trámite actualmente; iv) que determine la viabilidad de realizar proyectos mineros especiales o de delimitar áreas de reserva especial en Marmato, a la luz de lo previsto sobre el particular en el Código Minero, y v) la posibilidad de constituir zonas mineras indígenas, zonas mineras de comunidades negras o zonas mineras mixtas. El informe deberá incorporar, además, vi) las alternativas que, a juicio de la Agencia, permitan salvaguardar los derechos de prelación que puedan llegar a tener estas comunidades frente al otorgamiento de contratos de concesión en la zona alta del cerro El Burro [...]. Séptimo: Ordenar a la Agencia Nacional de Minería que dentro del mes siguiente a la fecha de la divulgación de los informes contemplados en los numerales cuarto, quinto y sexto de la parte resolutoria de esta providencia, convoque a los accionantes, a los representantes de la población de Marmato, de los mineros tradicionales del municipio, a la alcaldía de Marmato, a la Gobernación de Caldas, a la Defensoría del Pueblo, a la Procuraduría

el mismo actor que interpuso de la mano de la compañía, la acción de nulidad en contra de la sentencia que ordenó realizar el proceso de consulta previa.

Por esta razón, algunas personas de la comunidad han manifestado su sentimiento de desconfianza frente a la independencia con la que se podría llevar adelante el proceso de consulta previa, dado que una de las entidades encargadas de impulsar dicho proceso, como lo es la Agencia Nacional de Minería, podría hacer las veces de “juez y parte”. Al respecto, el minero Fredy Muñoz señaló lo siguiente:

El pequeño minero en este momento prácticamente está acorralado por el nuevo sistema normativo que ha venido implementando el gobierno [...] el favoritismo que tiene y que uno lo ve incluso desde la Agencia Nacional de Minería por la gran minería es una cosa muy evidente. Caso puntual es una acción de tutela que instauramos los marmateños [...] donde la Corte Constitucional falló mediante una sentencia a favor de los marmateños y la misma Agencia Nacional de Minería entonces instauró una acción de nulidad en contra de la sentencia que había fallado, entonces uno le ve las malas intenciones al gobierno con el afán de extinguir la pequeña minería y de fomentar la gran minería [...] es la misma Agencia Nacional de Minería quien instauró la acción la acción de nulidad la misma que va a hacer como garante para desarrollar el proceso de la consulta, ahí se deja un sinsabor porque ella va e interpone acciones en contra de la población y después viene y hace parte de la consulta previa [...] ¹¹³.

3. EL CONGELAMIENTO REGULATORIO Y LA DEMANDA DE LA GCG ANTE INSTANCIAS SUPRACONSTITUCIONALES

Además de las dos acciones de nulidad en contra de las dos decisiones de la Corte Constitucional colombiana que tutelaron el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación de las comunidades de Marmato, la compañía notificó al Estado colombiano la intención de interponer una demanda en su

General de la Nación y a la Personería de Marmato a participar en una audiencia pública en la que se presentará y discutirá el contenido de dichos documentos. La convocatoria deberá precisar la fecha, hora y lugar en que se llevará a cabo la audiencia. La Agencia deberá adoptar las medidas logísticas necesarias para asegurar la oportuna inscripción y participación de los convocados [...]”.

113 Entrevista al minero Fredy Muñoz el 17 de octubre de 2017.

contra ante el sistema internacional de arbitraje de inversiones por la suma de US\$700 millones en el marco del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Canadá¹¹⁴.

En efecto, la compañía GCG presentó una notificación de intención ante la Dirección de Inversión Extranjera del Ministerio de Comercio Exterior de Colombia al Estado colombiano el 12 de octubre de 2016, solicitando, de acuerdo con lo previsto en el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Canadá, la activación del mecanismo de solución de controversias¹¹⁵. Ese mismo mes la compañía anunció en su página web un cambio que se había venido gestando desde tiempo atrás sobre la intención de cambiar el proyecto a cielo abierto por uno de tipo subterráneo, pero sin alterar la escala de este¹¹⁶.

Esto también coincide con las afirmaciones de los habitantes de la región quienes señalaron que la GCG adquirió buena parte de las acciones de la compañía que opera en la parte baja del cerro, y que ante las dificultades que ha tenido la GCG para llevar a cabo el proyecto a cielo abierto, decidieron realizar las actividades de explotación a gran escala de manera subterránea. Según los marmateños, lo que está haciendo la compañía es “comiéndose” el cerro por dentro y tratando de llegar por vía subterránea a la parte alta. Con estas acciones de la compañía, no solo se estarían alterando las escalas pequeña y mediana de la parte alta y la parte baja del cerro, sino que se estaría poniendo en riesgo la línea divisoria entre estas dos partes o el llamado “machón” y la misma subsistencia del cerro minero y del pueblo de Marmato.

114 Véase: caso *Gran Colombia Gold v. Colombia*. Notice of Arbitration. Disponible en <<https://www.italaw.com/cases/5410>>

115 Véase: Programa radial W Radio. Gran Colombia Gold demanda a Colombia por US\$700 millones, 25 de febrero de 2017. Disponible en <<http://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/gran-colombia-gold-demanda-a-colombia-por-us700-millones/20170225/nota/3393451.aspx>>; revista *Portafolio*. ¿Por qué Gran Colombia Gold demandará al Estado colombiano por 700 millones de dólares? 27 de febrero de 2017. Disponible en <<http://www.portafolio.co/negocios/empresas/gran-colombia-gold-demandara-al-estado-503696>>; revista *Semana*. Mineros artesanales ganan pleito a Multinacional Gran Colombia Gold, 28 de Febrero de 2017. Disponible en <<https://www.semana.com/nacion/articulo/corte-falla-a-favor-de-mineros-artesanales-por-cerro-en-marmato/517067>>; *Finance Colombia*, Canadian Mining Company Gran Colombia Gold Reportedly files \$700 Million USD Lawsuit Against Colombia, 14 de abril de 2017. Disponible en <<http://www.financecolombia.com/gran-colombia-gold-files-700-million-lawsuit-against-colombia>>

116 Véase: <<http://www.grancolombiagold.com/operations-and-projects/colombia/default.aspx>>

También es importante resaltar que el caso de la GCG ante el ISDS se suma a las otras diez demandas y notificaciones de demandas por las cuales deberá responder el Estado colombiano¹¹⁷, de las cuales cinco versan sobre disputas en materia de recursos naturales. Las demandas se han interpuesto como respuesta a la actuación del Estado colombiano, quien en ejercicio de su soberanía y a través de sus autoridades ha decidido adoptar de manera autónoma, en defensa de los derechos de sus ciudadanos y en cumplimiento de sus mandatos constitucionales y de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, algunas decisiones que según los inversionistas extranjeros han afectado sus derechos y expectativas.

Las normas de comercio internacional que son establecidas por los mismos actores que promueven y realizan las transacciones del comercio a nivel mundial, y que amparan los derechos y expectativas de los inversionistas extranjeros, reclaman un estatus de mayor jerarquía frente a las otras obligaciones internacionales y constitucionales que también debe cumplir el Estado. Estos actores demandan que en el marco de la tensión normativa que se presenta, la balanza se incline a su favor. Ante tales exigencias y bajo la amenaza de demandar al Estado ante el sistema internacional de arbitraje de inversiones si el ente estatal defrauda los derechos y expectativas de los inversionistas, parte de la doctrina ha descrito este fenómeno como el resurgimiento de una nueva *lex mercatoria*. Con esta denominación se quiere hacer alusión a las normas que se otorgaban a sí mismos los comerciantes en el Medioevo sin que para ese entonces existiera la posibilidad de que mediara intervención o regulación alguna por parte de otras autoridades¹¹⁸.

117 Véase: *El Tiempo*, Las 10 demandas internacionales que Duque deberá enfrentar. Suman US\$5.000 millones, equivalentes de dos reformas tributarias. Defensa vale US\$5 millones. 30 de junio de 2018. Disponible en <<http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/las-demandas-internacionales-que-duque-debera-enfrentar-238000>>

118 Hernández explica que en la teoría jurídica contemporánea se conoce como nueva *lex mercatoria* a la producción jurídica que emana de procesos de globalización económica, y particularmente del seno de negocios internacionales, donde participan actores como las compañías transnacionales. En efecto, tales negocios han dado lugar a una especie de ‘sociedad internacional de los comerciantes’ que cuenta con cierta autonomía en relación con los Estados y que ha producido un nuevo ordenamiento de las relaciones comerciales internacionales, al margen de los ordenamientos jurídicos nacionales, y que “da cuenta de la efectividad del derecho autónomo del comercio”. El nombre de ‘nueva’ *lex mercatoria* o *ius mercatorum* se remonta a los antecedentes de la ‘antigua’ *lex mercatoria* en la época medieval, bajo el sistema mercantilista, que hacía alusión principalmente al derecho común emanado de los usos y costumbres de los

Específicamente en el caso de la demanda que anunció la GCG en contra del Estado colombiano, la compañía alegó que este incumplió la ejecución de 68 solicitudes de desalojo en virtud de amparados administrativos que según la compañía debían haber realizado las autoridades locales. Por otro lado, la compañía también alegó la omisión del Estado colombiano para prevenir y emprender acciones en contra de acciones de protesta y en contra de disturbios que según la compañía minera le causaron grandes pérdidas económicas. Específicamente la compañía alegó el incumplimiento de los artículos 805.1, 805.2 y 811 del capítulo 8 del TLC entre Colombia y Canadá relativos a denegación de justicia, seguridad plena y expropiación indirecta.

Asimismo, con el ánimo de evitar futuras demandas en contra del Estado, este ha empezado a promover acciones preventivas que se enmarcan dentro de lo que la doctrina ha llamado como el *regulatory chill* o “enfriamiento regulatorio” que busca inhibir a las autoridades nacionales a adoptar decisiones que, si bien pueden estar amparadas en obligaciones constitucionales o internacionales, también pueden desafiar las normas sobre las que se asienta el sistema internacional de inversiones. Este tipo de acciones han llevado a que funcionarios del Estado se inhiban de actuar conforme a las múltiples obligaciones que tiene el Estado, por temor a que este siga siendo demandado por demandas multimillonarias ante el sistema internacional de arbitraje de inversiones inversionista-Estado.

En este sentido, tal como ocurrió en el proceso ante la Corte Constitucional colombiana por medio del cual se adoptó la sentencia SU-133 de 2017 atrás explicada, el Estado ha empezado a intervenir en procesos de consulta previa por medio de la Agencia Jurídica para la Defensa del Estado, para evitar que este tipo de procesos puedan avanzar y afectar los intereses y expectativas de los inversionistas extranjeros que están amparados en acuerdos internacionales de inversión firmados por el Estado colombiano como el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Canadá invocado por la GCG. También se han

comerciantes, a partir de las transacciones comerciales que estos realizaban. Este derecho, que era aceptado por la sociedad en general, se consideraba ágil, efectivo y seguro. Igualmente, la clase mercantil que producía este tipo de normas también resolvía los conflictos emanados de ellas, en instancias conformadas también por comerciantes y mercaderes. La *lex mercatoria* tuvo vigencia hasta el surgimiento del derecho positivo emanado del Estado, con el surgimiento de los movimientos codificadores. HERNÁNDEZ CERVANTES, ALEIDA. *La producción jurídica de la globalización económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, pp. 137-143.

emprendido acciones para informar y capacitar a los mismos funcionarios sobre los riesgos que puede acarrear para el Estado, en términos económicos, la adopción de decisiones que redunden en la afectación de los derechos y expectativas de los inversionistas, ante las eventuales demandas ante el sistema internacional de arbitraje de inversiones¹¹⁹. Incluso algunos funcionarios han justificado sus decisiones, explicando el temor que tienen ante el riesgo de que eventualmente se ejerzan acciones de repetición en contra de su patrimonio, por adoptar decisiones que puedan ver comprometidos los derechos y expectativas de los inversionistas extranjeros.

CONCLUSIONES

En este capítulo se explica, por un lado, cómo se encuentran entrelazados diferentes órdenes jurídicos como el derecho constitucional, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de las inversiones que operan tanto a escala global como a escala local y, por otro lado, cómo en ese entrelazamiento actores muy influyentes como los inversionistas extranjeros han terminado por definir el comportamiento de las autoridades estatales y la creación de unos estándares legales e institucionales en sectores de la economía como el sector minero que han sido incorporados en el ámbito interno a través del aparato del Estado constitucional.

En el caso que se describe en este capítulo se puede observar en qué medida las decisiones adoptadas por tales actores siguen definiendo las formas de vida de las comunidades y transformando las visiones de desarrollo local. En el caso de Colombia, el aparato legal e institucional que se ha establecido está conectado directamente con las dinámicas transnacionales que están reguladas por el derecho internacional de las inversiones, y se ha adaptado a ellas a través de la creación de un régimen de promoción y protección de la inversión extranjera que ha permitido a los inversionistas contar con condiciones de seguridad jurídica y de predictibilidad y activar el sistema de arbitraje de inversiones inversionista-Estado cuando aquellos consideren que están siendo vulnerados sus derechos y expectativas.

119 Universidad Externado de Colombia. Seminario “Política (o negociación) de protección de inversión en Colombia: el papel de la sociedad civil y las instituciones colombianas”, marzo 23 de 2018.

Este sistema, que nació en el marco de las disputas que durante la segunda mitad del siglo XX surgieron durante el proceso de descolonización del mundo entre los nuevos Estados emergentes y los inversionistas extranjeros que estaban asentados en los territorios de los antiguos imperios y que reclamaban el derecho a la indemnización ante eventuales acciones expropiatorias, terminó por reforzar la idea de la necesidad de un “derecho transnacional” que se materializó en instituciones como los mecanismos arbitrales de solución de controversias para resolver los conflictos sobre los recursos naturales entre los nuevos Estados y los inversionistas extranjeros.

A finales del siglo XX, con la consolidación del modelo económico del libre mercado en el mundo después de la caída del muro de Berlín y en el marco del llamado “Consenso de Washington”, los Estados latinoamericanos incluyendo a Colombia moldearon sus aparatos legales e institucionales para garantizar las condiciones de seguridad jurídica y de predictibilidad para los inversionistas extranjeros. En lo que concierne específicamente al sector de la minería, desde finales del siglo XX se empezó a construir todo un aparato legal e institucional con el aval de los Estados constitucionales, para promover el aumento de los proyectos de inversión extranjera en dicho sector, dando lugar en los años subsiguientes a un auge o a un *boom* minero de la mano del *boom* constitucional que se produjo en todo el mundo una vez se dio por finalizada la Guerra Fría.

La incorporación de las garantías de seguridad jurídica y de predictibilidad para los inversionistas extranjeros no solo implicó la adecuación de las legislaciones nacionales o la expedición de nuevos códigos mineros en los países latinoamericanos, sino la realización de ajustes y reformas a las constituciones de estos países, para garantizar la permanencia a futuro de las condiciones favorables a los inversionistas extranjeros a través de la cristalización de tales condiciones en los textos constitucionales.

La estructuración del sistema descrito en el que se apoyan los inversionistas ha provocado la restricción o el “congelamiento” de las actuaciones y de la capacidad regulatoria de los Estados, y particularmente de los Estados del sur global, bajo la amenaza de la imposición de multimillonarias sanciones monetarias. En el marco de los acuerdos internacionales de inversión, los Estados se han visto obligados a aceptar la posibilidad de ser demandados ante el sistema internacional de arbitraje de inversiones inversionista-Estado, en que el inversionista es el único actor entre las dos partes que cuenta con la potestad de activar dicho sistema.

El caso de Marmato que se explica en este capítulo ilustra cómo ha desplegado sus efectos el sistema descrito en un caso en concreto y cómo a partir del

sistema de promoción y protección de la inversión extranjera, que se incorporó en el ordenamiento jurídico colombiano y que se articuló con el aparato del Estado constitucional, se instauró un marco legal de protección para los inversionistas extranjeros. Este marco, por un lado, ha generado tensiones y conflictos con los otros cuerpos normativos a los que están obligadas las autoridades nacionales y, por otro lado, ha producido la transformación de los territorios y de las formas de vida de las comunidades a partir de la visión económica del desarrollo que traen consigo los proyectos impulsados por los inversionistas.

Estos actores, que provienen en su mayoría de Estados del norte global y las dinámicas económicas globales en las que se encuentran inmersos, dan cuenta a su vez de las relaciones asimétricas entre el norte global y el sur global que siguen reproduciendo estos actores bajo dispositivos jurídicos contemporáneos y bajo una poderosa narrativa del “desarrollo” que termina por excluir “otras” visiones del desarrollo y formas de vida. Por esta razón, algunos autores se han referido al tipo de inversión extranjera que se promueve en el marco de mecanismos como el ISDS, como un tipo de inversión “hegemónica” y no como una inversión que opere de manera “complementaria” con las diferentes visiones de desarrollo de los países del sur global¹²⁰.

Por la forma en la que se ha venido utilizando el sistema de promoción y protección de la inversión extranjera y, en particular, el mecanismo del ISDS, se concluye que los AII que amparan a los inversionistas y que son una piedra angular de dicho sistema, el cual opera a escala transnacional y supraconstitucional¹²¹,

120 SUÁREZ-RICAURTE, FEDERICO. *How do the notions of investment and the characteristics of the investor-state dispute settlement, established in the Trans-Pacific Partnership (TPP) and in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), change the direction of the foreign investment system?* Tesis de maestría, Kent Law School, University of Kent, septiembre de 2016.

121 Sobre este punto, David Schneiderman aclara que, teniendo en cuenta que el constitucionalismo es utilizado por parte de actores transnacionales para poder institucionalizar el proyecto del neoliberalismo en el interior de los países, se habla de la existencia de un sistema de tipo ‘supraconstitucional’ en la medida que las reglas del proyecto neoliberal que son insertadas en los ordenamientos jurídicos domésticos por medio de las constituciones son promovidas por actores transnacionales no estatales, que logran presionar a los Estados para que reformen sus textos constitucionales. Sin embargo, teniendo en cuenta que dichas reglas son incorporadas precisamente en las constituciones para poder cristalizarlas en el futuro y aplicarlas directamente en el ámbito doméstico, independientemente del gobierno de turno, también se podría hablar de un sistema estrictamente ‘constitucional’. Véase: SCHNEIDERMAN, DAVID. *Constitutionalizing Economic Globalization. Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge University Press, 2008, pp. 2-4.

no solo constituyen una forma de protección de los intereses de los inversionistas extranjeros, sino que son un mecanismo de las fuerzas del mercado global del que se valen las grandes corporaciones y que ha terminado por impactar negativamente el patrimonio y la estabilidad financiera de los países receptores del capital extranjero.

Esto ha sido posible gracias a los poderes ilimitados y exorbitantes con los que cuentan las compañías extranjeras en el marco de ISDS, el cual, como lo han demostrado autores como Gus Van Harten, Pavel Malysheuski, Cédric Dupont y Thomas Schulz, está concebido para beneficiar principalmente a los inversionistas provenientes de países del norte global. En este sentido, también cabe resaltar que por los elevados costos que implica llevar un caso de estos ante este tipo de instancias, en la práctica los actores que cuentan con una mayor posibilidad de demandar a los Estados ante este sistema, son las grandes corporaciones de países del norte global, quienes sin embargo también se han visto en la necesidad de hacer alianzas con otras firmas para poder llevar a cabo este tipo de procesos¹²².

Es importante resaltar que el conflicto que se describe en este capítulo muestra cómo, a través de las instituciones y de los dispositivos jurídicos contemporáneos en que se apoya el sistema atrás descrito, no solo ha permitido reproducir las relaciones de asimetría y desigualdad entre el norte global y el sur global, sino que bajo los discursos de “progreso” y “modernidad” que se reactualizan bajo la poderosa narrativa del desarrollo ponen en evidencia la idea de la “colonialidad global”¹²³, es decir, de la continuidad de jerarquías y de relaciones de dominación que se mantienen desde tiempos coloniales aunque de manera actualizada y que se extienden a escala global. Estas jerarquías entre los antiguos imperios y las antiguas colonias ahora representados entre los Estados del norte global y del sur global respectivamente, han permitido

122 Véase: VAN HARTEN, GUS y MALYSHEUSKI, PAVEL. Who has benefited financially from investment treaty arbitration? An evaluation of the size and wealth of claimants, *Osgoode Legal Studies Research Paper* n.º 14, 2016; SCHULTZ, THOMAS y DUPONT, CÉDRIC. Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over- Empowering Investors? A Quantitative Empirical Study, *European Journal of International Law*, vol. 25. n.º 4, 2014.

123 Véase: GROSFUGUEL, RAMÓN. Decolonizing Postcolonial Studies and Paradigms of Political Economy: Transmodernity, decolonial thinking and Global Coloniality, *Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World*, vol. 1, n.º 1, 2011.

cristalizar categorías binarias tales como salvaje/civilizado, atrasado/avanzado, subdesarrollado/desarrollado¹²⁴.

Igualmente, la necesaria alianza entre el Estado y los inversionistas en el sector minero demuestra cómo los antiguos y los nuevos imperios siguen necesitando del Estado para poder continuar disponiendo de los recursos de las antiguas colonias bajo una dinámica propia de la “colonialidad global”. Para ello, es necesario contar con mecanismos legales e institucionales que permitan difuminar el interés público con los intereses privados, de tal manera que estos últimos puedan moldear las normas que rigen las actividades de minería y determinar la forma en la que el derecho le permite “desarrollarse” a las comunidades y relacionarse con el oro, con la montaña y con su territorio.

En este orden de ideas, el conflicto descrito en este capítulo no solo pone en evidencia cómo se contraponen las visiones del desarrollo defendidas por las autoridades estatales, por la compañía y por las comunidades, sino la relación que guarda dicha tensión con la disputa por el control y la explotación de los recursos naturales. Igualmente, el caso de Marmato también pone de presente la forma como operan los mecanismos institucionales y legales en el marco del Estado constitucional colombiano, de los que se valen los inversionistas extranjeros provenientes de los países del norte global para poder controlar y sacar provecho de los recursos, contando para ello no solo con el aval del Estado sino de todo un sistema transnacional en el que participan otros actores tales como organismos financieros internacionales.

Del análisis del caso que se examina en este capítulo, y particularmente de la intervención de la jurisdicción constitucional en el conflicto descrito, también se pueden observar las tensiones que se presentan en el interior del mismo Estado y que reflejan cómo en el marco de la llamada “nueva *lex mercatoria*” se superponen diferentes obligaciones del Estado que están conectadas a su vez a diversas visiones del desarrollo y que se terminan irradiando en el fenómeno de la “fragmentación del derecho internacional”. Por ejemplo, mientras que la Corte Constitucional colombiana decidió proteger los derechos de la comunidad de Marmato en cumplimiento de las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado en materia de derechos humanos, otras autoridades estatales como la Agencia Nacional de Minería o la Agencia Jurídica para la

124 Véase: ESCOBAR, ARTURO. *La invención del tercer mundo. Construcción y deconstrucción del desarrollo*, Norma, 1998.

Defensa del Estado decidieron apoyar el reclamo de la compañía, la cual, a su vez, decidió demandar al Estado ante el ISDS.

Esta contraposición entre las mismas autoridades estatales también se ha visto reflejada en las diferencias entre las autoridades del orden nacional y las autoridades del orden local en la medida que las autoridades nacionales del sector minero al parecer le han dado prelación al régimen de tipo extractivista impulsado por la compañías transnacionales, mientras que las autoridades locales, al estar más familiarizadas con lo que representa la preservación de la pequeña minería tanto para las comunidades de Marmato como para los municipios aledaños en términos económicos, sociales y culturales, han adoptado decisiones que están más orientadas a preservar este tipo de minería.

Finalmente, cabe resaltar que a partir del caso descrito se puede concluir cómo la relación en este caso entre la compañía y las comunidades, y a pesar de las acciones desplegadas por la compañía para ganarse la “licencia social” de las comunidades, no se tradujo en una relación de confianza ni trajo “desarrollo” para estas de acuerdo con la visión del desarrollo expresada por las mismas comunidades. La idea de desarrollo impulsada por la compañía está atada a la escala del tipo de minería que esta pretende realizar y dicha idea no se compagina con la “territorialidad” de las comunidades de Marmato; por el contrario, implica alterar radicalmente la forma tradicional de hacer minería en el municipio, la forma de vida de las comunidades y sus propias visiones del desarrollo. Es decir, tal como se explicó en líneas anteriores, la inversión extranjera que en este caso estaba orientada a un proyecto en el sector minero, no era una inversión de tipo “complementario” sino “hegemónico”.

La transformación radical del territorio y de la vida de las comunidades que implica la realización del proyecto de minería a gran escala de la compañía, hizo que las acciones de “inversión social” desplegadas por la empresa no fueran percibidas por las comunidades como una forma de “desarrollo”, sino como una forma de exclusión y de vaciamiento del territorio que además de la demolición de la montaña generan “minería sin gente”. En esta medida, este caso nos invita a cuestionar la forma en la que las grandes compañías se apropian de discursos como el de los “derechos humanos” y el de la “licencia social” de las comunidades. La falta de correspondencia entre tales discursos y los impactos que traen los proyectos de inversión como los que se describen en este capítulo para la vida de las comunidades y para su “territorialidad”, no solo pone en evidencia el fenómeno de la fragmentación del derecho internacional, sino la discrepancia que existe entre las visiones de desarrollo que se traslapan con la implementación de este tipo de proyectos, los cuales ter-

minan por definir qué usos se le deben dar a la montaña, qué tipo de minería se puede hacer, cómo deben relacionarse las comunidades con el territorio y cómo deben “desarrollarse”.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, GAVIN. *Constitutional Rights after globalization*, Hart Publishing, 2005.
- ANGHIE, ANTONY. *Imperialism, Sovereignty and the making of International Law*, Cambridge University Press, 2004.
- ARIAS HURTADO, CAROLINA. Conflictos territoriales y patrimoniales en el pesebre de oro de Colombia, *Luna Azul*, vol. 39, Universidad de Caldas, 2014.
- BANAKAR, REZA y TRAVERS, MAX. *Theory and Method in Socio-Legal Research*, Hart Publishing, 2005.
- Banco Mundial y Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. Documento técnico del Banco Mundial n.º 345S: *Estrategia minera para América Latina y el Caribe*, División de Industria y Minería, Departamento de Industria y Energía, 1997.
- BEDOYA, MARÍA ROCÍO (ed.). *Marmato: disputa por el oro y el territorio*, Universidad de Antioquia, 2017.
- BUTRAGO, EMERSON. Una historia y una vida alrededor del oro: territorialidad y minería en el municipio de Vetas, Santander, Colombia. En: GÖBEL, BARBARA y ULLOA, ASTRID (eds). *Extractivismo minero en Colombia y América Latina*, Grupo de Cultura y Ambiente, Universidad Nacional de Colombia, Ibero-Amerikanisches Institute, 2014.
- BURGOS SILVA, GERMÁN. *Estado de derecho y globalización. El papel del Banco Mundial y las reformas institucionales en América Latina*, ILSA, 2009.
- Caracol Noticias. Personería denuncia grave crisis en Marmato, Caldas, por venta de oro. *Noticias Caracol*, 10 de febrero de 2015. Disponible en <<http://www.caracol.com.co/noticias/regionales/personeria-denuncia-grave-tesis-en-marmato-caldas-por-venta-de-oro/20150210/nota/2626709.aspx>>
- CHANG, HA-JOON. The economic Theory of the Developmental State. En: WOO-CUMINGS, MEREDITH. *The developmental State*, Cornell University Press, 1999.
- CORREA, MAGDALENA. *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

- COURTIS, CHRISTIAN (ed.). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Trotta, 2006.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia SU-039 de 1997. M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-617 de 2008. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-769 de 2009. M. P. Nilson Pinilla Pinilla. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-769-09.htm>>
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-384A de 2014. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-384a-14.htm>>
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-438 de 2015. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-438-15.htm>>
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-361 de 2017. M. P. Alberto Rojas Ríos. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-361-17.htm>>
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia SU-133 de 2017. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/su133-17.htm>>
- Corte Constitucional colombiana. Auto 511 de 2017. M. P. Carlos Bernal Pulido. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2017/a511-17.htm>>
- Departamento Nacional de Planeación. *Hacia la prosperidad democrática. Visión 2010-2014. Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. Prosperidad para todos. Más empleo, menos pobreza y más seguridad*, Imprenta Nacional de Colombia, 2011.
- DEZALAY, YVES y BRYANT, GARTH. *Dealing in virtue: International commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*, University of Chicago Press, 1998.
- Diario *El Tiempo*. Las 10 demandas internacionales que Duque deberá enfrentar. Suman US\$5.000 millones, equivalentes de dos reformas tributarias. Defensa vale US\$5 millones, 30 de junio de 2018. Disponible en <<http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/las-demandas-internacionales-que-duque-debera-enfrentar-238000>>
- ESCOBAR, ARTURO. *La invención del tercer mundo. Construcción y deconstrucción del desarrollo*, Norma, 1998.

- ESLAVA, LUIS. *Local space, global life the everyday operation of international law and development*, Cambridge University Press, 2015.
- FENN, M. J. *British Investment in South America and the financial crisis of 1825 - 1826*, tesis de maestría, Durham University, 1969.
- Finance Colombia. Canadian Mining Company Gran Colombia Gold Reportedly files \$700 Million USD Lawsuit Against Colombia, 14 de Abril de 2017. Disponible en <<http://www.financecolombia.com/gran-colombia-gold-files-700-million-lawsuit-against-colombia>>
- GALLEGO, ALBERTO. Consulta previa: la salvación de los mineros de la montaña de oro. *Portal Kienyke*, 28 de febrero de 2017. Disponible en <<https://www.kienyke.com/politica/la-maldicion-de-marmato-la-montana-oro-mas-alla-de-la-demanda-de-gran-colombia-gold>>
- GALLEGO, ALBERTO y GIRALDO, MIGUEL. *Apuntes de geología y mineralogía de Marmato*, Banco de la República, 1986.
- GÄRTNER, ÁLVARO. *Los misteres de las minas. Crónica de la colonia europea más grande de Colombia en el siglo XIX, surgida alrededor de las minas de Marmato, Supía y Riosucio*, Editorial Universidad de Caldas, 2005.
- GILL, STEPHEN. Globalization, Market Civilisation, and Disciplinary Neoliberalism, *Millenium*, vol. 24, 1995.
- GILL, STEPHEN. New Constitutionalism, Democratisation and Global Political Economy, *Pacifica Review: Peace, Security & Global Change*, vol. 10, n.º 1, 1998.
- GONZÁLEZ COLONIA, CARLOS JULIO. *Brujería, minería tradicional y capitalismo transnacional en los Andes colombianos. El caso del pueblo minero de Marmato*, Premio Nacional de Antropología 2016, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2017.
- GONZÁLEZ ESCOBAR, LUIS FERNANDO. *Ocupación, poblamiento y territorialidades en la Vega de Supía, 1810 - 1950*, Ministerio de Cultura, 2002.
- GRIECO, MARC. Documental *Marmato*, 2014, Bélgica. Disponible en <<http://www.marmatomovie.com/index.html#home-slider>>
- GROSFUGUEL, RAMÓN. Decolonizing Postcolonial Studies and Paradigms of Political Economy: Transmodernity, decolonial thinking and Global Coloniality, *Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World*, vol. 1, n.º 1, 2011.

- HAESBAERT, ROGÉRIO. *Dos múltiplos territorios á multiterritorialidade*, Porto Alegre, septiembre de 2004.
- HALE, CHARLES. *Engaging Contradictions: Theory, Politics, and Methods of Activist Scholarship*, University of California Press, 2008.
- HARAWAY, DONNA. Situated Knowledges: The science question in feminism and the privilege of partial perspective, *Feminist Studies*, vol. 14, n.º 3, 1998.
- HERNÁNDEZ CERVANTES, ALEIDA. *La producción jurídica de la globalización económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.
- JESSUP, PHILIPPE. *Transnational Law*, Yale University Press, 1956.
- JOHNSON, CHALMERS. The developmental State: Odyssey of a Concept. En WOO-CUMINGS, MEREDITH. *The developmental State*, Cornell University Press, 1999.
- LEFEBVRE, HENRI. *The production of space*, Blackwell Publishing, 2007 [1974].
- LIEHR, REINHARD. *La deuda exterior de la Gran Colombia frente a Gran Bretaña, 1820 - 1860. América Latina en la época de Simón Bolívar. La formación de las economías regionales y los intereses económicos europeos 1800 - 1850*, Instituto Iberoamericano de Berlín, 1989.
- LOPERA, GLORIA. La parte alta del cerro es para los pequeños mineros. Sobre la vigencia del régimen minero especial para Marmato y su influencia en la construcción de territorialidad, *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, vol. 35, 2015.
- Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa, Sala de Prensa. *En Colombia se hacen más de 2000 consultas al año*, 20 de febrero de 2014. Disponible en <<https://www.mininterior.gov.co/sala-de-prensa/noticias/en-colombia-se-hacen-mas-de-2000-consultas-previas-al-ano>>
- ORREGO PÉREZ, VIVIANA ANDREA. Alineación del Estado colombiano en función del interés de la minería multinacional. En: BEDOYA, MARÍA ROCÍO (ed.), *Marmato: disputa por el oro y el territorio*, Universidad de Antioquia, 2017.
- PALACIOS, MARCO y SAFFORD, FRANK. *Historia de Colombia. País fragmentado, sociedad dividida*, Universidad de los Andes, 2012.
- PARDO BECERRA, LUIS ÁLVARO. *Propuestas para recuperar la gobernanza del sector minero colombiano. Minería en Colombia. Fundamentos para superar el modelo extractivista*. Contraloría General de la República, 2013.

- PERRONE, NICOLÁS M. The Emerging Global Right to Investment: Understanding the Reasoning Behind Foreign Investor Rights, *Journal of International Dispute Settlement*, 2017.
- PERRY-KESSARIS, AMANDA (ed.). *Socio-Legal Approaches to International Economic Law: Text, Context, Subtext*, Routledge, 2013.
- Programa radial W Radio*, Gran Colombia Gold demanda a Colombia por US\$700 millones, 25 de febrero de 2017. Disponible en <<http://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/gran-colombia-gold-demanda-a-colombia-por-us700-millones/20170225/nota/3393451.aspx>>
- Revista *Portafolio*. ¿Por qué Gran Colombia Gold demandará al Estado colombiano por 700 millones de dólares?, 27 de febrero de 2017. Disponible en <<http://www.portafolio.co/negocios/empresas/gran-colombia-gold-demandara-al-estado-503696>>
- Revista *Semana*. Mineros artesanales ganan pleito a multinacional Gran Colombia Gold, 28 de febrero de 2017. Disponible en <<https://www.semana.com/nacion/articulo/corte-falla-a-favor-de-mineros-artesanales-por-cerro-en-marmato/517067>>
- RIPPY, JAMES. *British investments in Latin America: 1822 - 1949. A Case Study in the Operations of Private Enterprise in Retarded Regions*, University of Minnesota Press, 1959.
- SALAZAR, SEBASTIÁN. El Estado, el pueblo y los inversionistas en pugna: el caso Marmato y otros similares, portal *Razón Pública*, 23 de abril de 2017. Disponible en <<https://www.razonpublica.com/index.php/econom-y-sociedad-temas-29/10197-el-estado-el-pueblo-y-los-inversionistas-en-pugna-el-caso-marmato-y-otros-similares.html>>
- SÁNCHEZ GÓMEZ, GREGORIO. *La bruja de las minas*, Biblioteca del Darién, Colcultura, 1993.
- SÁNCHEZ GARCÍA, DIANA PATRICIA. El conflicto por la producción del territorio en el caso del proyecto minero La Colosa, Tolima, Colombia. En: GÖBEL, BARBARA y ULLOA, ASTRID (eds). *Extractivismo minero en Colombia y América Latina*. Grupo de Cultura y Ambiente, Universidad Nacional de Colombia. Ibero-Amerikanisches Institute, 2014.
- SCHNEIDERMAN, DAVID. *Constitutionalizing Economic Globalization. Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge University Press, 2008.
- SCHRIJVER, NICO. *Sovereignty over natural resources: Balancing rights and duties*, Cambridge University Press, 1997.
- SCHULTZ, THOMAS y DUPONT, CÉDRIC. Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-Empowering Investors? A Quantitative Empirical Study, *European Journal of International Law*, vol. 25, n.º 4, 2014.

- SIERRA-CAMARGO, XIMENA. “La criminalización de la minería a pequeña escala y la transnacionalización de la pena. Marmato: una lectura desde la perspectiva de la criminología crítica en el marco del debate penalidad y racionalidad neoliberal”. En: *Minería y desarrollo. Minería y comunidades. Impactos, conflictos y participación ciudadana*, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- SORNARAJAH, MUTHUCUMARASWAMY. *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2010.
- SUÁREZ-RICAURTE, FEDERICO. *How do the notions of investment and the characteristics of the investor-state dispute settlement, established in the Trans-Pacific Partnership (TPP) and in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), change the direction of the foreign investment system?* Tesis de maestría, Kent Law School, University of Kent, septiembre de 2016.
- SZABLOWSKI, DAVID. *Transnational law and local struggles. Mining, communities and the World Bank*, Hart Publishing, 2007.
- TIENHARA, KYLA. *The Expropriation of Environmental Governance. Protecting Foreign Investors at the Expense of Public Policy*, Cambridge University Press, 2009.
- TIENHARA, KYLA. Regulatory chill and the threat of arbitration: a view from political science. En: BROWN, CHESTER y MILES, KATE (eds). *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011.
- VAN HARTEN, GUS y MALYSHEUSKI, PAVEL. “Who has benefited financially from investment treaty arbitration? An evaluation of the size and wealth of claimants”, *Osgoode Legal Studies Research Paper*, n.º 14, 2016.
- VELÁSQUEZ RUIZ, MARCO ALBERTO. *The Colliding Vernacullars of Foreign Investment Protection and Transnational Justice in Colombia: A Challenge for the Law in a Global Context*. Tesis doctoral, York University, Osgoode Hall University School, mayo de 2016.
- WOODS, NGAIRE. *The globalizers: The IMF, the World Bank and their Borrowers*, Cornell University Press, 2007.
- ZUMBANSEN, PEER. *Transnational Law*, *Elgar Encyclopaedia of Comparative Law*. SMITS, JAN (ed.), Edward Elgar Publishing, 2006.

JAIME ARIAS RESTREPO*

ÁLVARO TOLEDO ROMERO**

CAPÍTULO 8

*Implicaciones sociales en la cadena de valor
de la gran minería del carbón en Colombia*

RESUMEN

Una caracterización minera que diferencie las clases de minerales o materiales que se van a extraer, la escala de las operaciones, las técnicas, método y sistema de trabajos mineros y de mineralurgia, así como la consideración de los ciclos de configuración del valor económico extractivo, conocidos como prospección, exploración, cálculo de recursos y reservas, diseño de la operación minera, diseño del plan de manejo ambiental, extracción, exploración complementaria, modificaciones, rehabilitación ambiental, cierre y poscierre, resulta fundamental en una problematización social y territorial concreta y fortalece las posibilidades de su transformación y gestión. Asimismo, la normatividad minera y ambiental en Colombia da cuenta de dicha configuración respecto a las características de la actividad, pero tal vez algo desarticuladas para una lectura de la optimización del beneficio social desde las poblaciones que se relacionan directamente con las minas hasta el usufructo de las materias primas mineras. Lo anterior como componentes fundamentales de las variables sociales, económicas y ambientales locales, regionales y globales.

Palabras clave: gran minería, cadena de valor minera, implicaciones sociales de la minería.

SOCIAL IMPLICATIONS IN THE VALUE CHAIN OF THE GREAT CARBON MINING IN COLOMBIA

ABSTRACT

A mining characterization that differentiates the classes of minerals or materials to be extracted, the scale of the operations, the techniques, method and system of mining and mineral works, as well as the consideration of the extractive economic value configuration cycles, known as prospecting, exploration, calculation of resources and reserves, design of the mining operation, design of the environmental management plan, extraction, complementary exploration,

* Master +1 de la École Nationale Supérieure des Mines d'Alès, Francia. DSS de la École des Mines de Paris. Ingeniero de Minas y Metalurgia de la Universidad Nacional de Colombia, Medellín. Docente de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad Externado de Colombia, área de investigación en Conflictos por las Transformaciones en las Estructuras Productivas.

** Sociólogo de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Ciencias Económicas de la Universidad Santo Tomás de Aquino. Docente de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad Externado de Colombia, área de investigación en Conflictos y Dinámicas Sociales.

modifications, environmental rehabilitation, closure and post-closure are fundamental in a specific social and territorial problematization and strengthen the possibilities of its transformation and management. Likewise, the mining and environmental regulations in Colombia account for this configuration, with respect to the characteristics of the activity, but perhaps somewhat disjointed for the optimization of social benefits from the populations that are directly related to the mines to the usufruct of the mining raw materials. The former as fundamental components of local, regional and global social, economic and environmental variables.

Key words: Large mining, mining value chain, social implications of mining.

INTRODUCCIÓN

En las próximas líneas no hablaremos en abstracto de “la minería” sino, como lo dice el título de este artículo, de “la gran minería del carbón en Colombia”, con lo que esperamos construir un primer nivel de especificidad mediante el cual podamos abordar el análisis sobre sus riesgos sociales, mediados por el concepto de la “cadena de valor”¹, que fue propuesto en nuestro anterior trabajo sobre minería y DDHH. Con estas particularidades de análisis aclaradas, la cadena de valor se configura desde la asignación de valor especulativo al yacimiento de carbón en el subsuelo, pasando por la mina y sus áreas inmediatas y mediatas de impacto, hasta el consumo final mundial de energía térmica del carbón y la generación de contaminantes atmosféricos de su combustión. Metodológicamente, a lo largo y con respecto a esta cadena de valor es que se quieren identificar, contrastar y analizar la configuración de sus riesgos sociales. De esta manera se toman como referentes de análisis las dos zonas de extracción de carbón de Colombia por sistemas de minería a gran escala, la de El Cerrejón en el departamento de La Guajira y la zona centro del departamento del Cesar, ambas en la región Caribe colombiana, y las cuales suman

1 El resultado de las relaciones de tres ámbitos interdependientes: a) la actividad empresarial, incluyendo su modelo de negocio, responsabilidad social y gestión ambiental; b) los reguladores del territorio en función de un modelo económico minero, que es el Estado en la política pública o agentes que establecen valor en el control territorial; c) desde el relacionamiento de los intereses de las comunidades frente a la minería y sus efectos. La generación de valor podrá ser positiva o negativa para uno o varios de estos ámbitos. Glosario de Términos, CLP-DDHH.

cerca del 95 % de las exportaciones nacionales de carbón, la primera con 60 mil toneladas y la segunda 110 mil, en 2018.

Inicialmente, las categorías de la geología económica dan cuenta del proceso de valoración de lo que consideraríamos el principal activo minero; se reúnen en el concepto de reservas probadas de carbón del yacimiento de carbón, lo cual desarrollaremos en el primer numeral, junto a implicaciones de problemáticas socioambientales que surgen de ello: especialmente en la gestión territorial y balance de los impactos sociales negativos y positivos, las variables de la política pública minera, los precios en los mercados internacionales (para este caso), el pago de contraprestaciones económicas por las empresas titulares de la concesión y la distribución social de este valor, la geopolítica de la contaminación del CO₂ como los protocolos de Kioto 1997 y París 2015. Si bien esto no pretende representar un balance contable de costos y beneficios en esta cadena de valor, sí se pretende aportar los elementos conceptuales para una discusión amplia.

Una complejidad adicional a la determinación de reservas de carbón, en el análisis del valor en el ciclo minero, la constituyen los conceptos de valor presente neto (VPN) del proyecto minero, es decir, prever el valor presente que asumiría el inversor para una determinada tasa de interés especulativo (costo de capital). Finalmente, la depreciación del proyecto constituye un factor esencial de su riesgo financiero y opera en dos componentes, el tecnológico y el de las reservas del yacimiento; el primero se define en función de la vida útil de los equipos e instalaciones mineras antes de la declaratoria de *chatarización* y el segundo en función del agotamiento de las reservas de carbón. Normalmente, este riesgo financiero es calculado por analistas especializados de las grandes empresas de inversión, frente a incertidumbres externas como precios futuros, inestabilidades geopolíticas, cambios en el régimen político o jurídico, entre otros. Sin embargo, nuestro análisis se orienta a preguntarse cuánto de este riesgo es trasladado a un óptimo en la distribución social del beneficio del proyecto minero de carbón.

Esto se tratará de *ilustrar* conceptualmente, extrapolando la relación costo/beneficio en las condiciones territoriales antes y después de la mina, en temas como *la construcción de la información*², la tensión entre la autonomía territorial local y el principio de nación unitaria dueña de los recursos del subsuelo y las

2 Diferente del acceso a la información.

empresas multinacionales en la operación. Problema que además tiene diferentes expresiones según la etapa de este ciclo minero en que pueda mirarse, lo cual se hace en el segundo numeral. En el mercado global, resulta un tercer escenario de análisis, toda vez que “el carbón térmico está llegando a EE. UU., Turquía, Holanda y Brasil, y tendría en la mira a Egipto”³, en donde se inserta en las problemáticas de la oferta y demanda sociales de energía, contabilidad de emisiones de CO₂, impuestos, regulaciones, empresas de servicios públicos, etc., lo cual, en un balance global de corresponsabilidad, haría el cierre macroeconómico de la cadena de valor, pero que no logra estar al alcance de este trabajo; sin embargo, constituye un planteamiento del problema político visto integralmente.

Aún más difíciles de tratar son los diagnósticos que recurren a explicaciones técnicas desestimando sus métodos de definir rigurosidad; apartándonos de un contexto de verdades más bien polarizadas, en donde una cosa si no es verdadera entonces su presumible opuesto sí lo es; intentaremos corregir, ampliar o aclarar, sin que esto deba ser interpretado como una antipostura del problema socio-ambiental y socioeconómico en discusión. Por lo tanto, es necesario dejar en suspenso, al menos como método, a la crítica antihegemónica a las posibilidades sociales del progreso y del desarrollo social de la cadena de valor de la gran minería del carbón en el marco de las tensiones entre el libre mercado y la regulación estatal. Sin más espacio, por ahora, para ese gran debate, nos quedamos con la advertencia de reproblematicar explicaciones incluyendo la geología económica y los mercados, entre otros factores; sin que esto constituya una renuncia a la necesaria crítica frente a un modelo minero que no resuelve las contradicciones frente a los desarrollos sociales, especialmente en los ámbitos territoriales.

La comprobación de un depósito de carbón del subsuelo que pueda ser extraído debe ser sometida a un proceso de medición bajo parámetros de la geología económica, con el fin de establecer lo que se conoce técnicamente como reservas geológicas medidas, que no es más que la certeza del volumen y la calidad del carbón, para lo cual se requieren pruebas geofísicas, perforaciones con taladros de recuperación de núcleo para tener muestras del subsuelo y pruebas analíticas de laboratorio para su poder calórico y composición. Para

3 <<https://www.portafolio.co/economia/exportaciones-de-carbon-habrian-crecido-en-valor-513318>>

esto la norma colombiana⁴ establece cinco niveles de certeza de la cantidad y calidad de los carbones, de mayor a menor así: A) Reservas medidas, es la más precisa y corresponde a la mayor densidad del muestreo, cuando los puntos de información o perforaciones distan hasta 500 metros; B) Indicadas, los puntos distan entre 500 y 1500 metros; C) Inferidas, entre 1500 y 4500 metros; D) Especulativas, no hay puntos de información o son demasiado distantes. El número de muestras permite calcular con mayor o menor exactitud la cantidad de toneladas de carbón existentes. Este procedimiento resultará básico en el momento de analizar la distribución social de la cadena de valor del carbón desde su extracción hasta su combustión final.

I. LA CADENA DE VALOR DEL CARBÓN EN FUNCIÓN DEL MODELO DE DESARROLLO

Como se ha planteado, la asignación de valores en la cadena extractiva minera es una función del modelo de desarrollo en el cual esta se inscribe, por lo que para su análisis recurriremos a tres escenarios diferentes de modelos de la gran minería del carbón en Colombia: el primero se refiere a la extracción de carbón como combustible para el aparato productivo dentro de la economía nacional desde una visión estratégica medida por la planeación estatal; corresponde a un escenario teórico en Colombia el cual se analiza hipotéticamente como un modelo en que pudo haber tenido lugar una matriz energética con alta participación de generación carboeléctrica, y se compara con casos como el de la República de Sudáfrica. El segundo escenario es un modelo de minería para la exportación de carbón, pero con participación del Estado como dueño del recurso carbonífero en el subsuelo, actor asociado a la operación de la mina, participante de las utilidades de la venta del carbón y responsable de la inversión social de las utilidades y las contraprestaciones económicas, como es el caso del proyecto de El Cerrejón desde su concepción en 1978 hasta la venta de la participación estatal en 1999. Y el tercero es un modelo de flexibilización estatal y libre planificación minera empresarial y hace referencia a las minas del departamento del Cesar otorgadas en concesión bajo el régimen ordinario. Esta diferenciación quiere aportar al análisis de las problemáticas

4 Ministerio de Minas y Energía. Sistema de Clasificación – Recursos y Reservas; Ecocarbón 1995.

socioambientales de la política minera colombiana. En estos tres escenarios analizaremos la cadena de valor en la relación entre determinación de reservas mineras de carbón, la tasa interna de retorno (TIR) y el desarrollo territorial. Como ya se dijo, la valoración socioeconómica de la relación costo/beneficio del proceso de minería, comercialización y consumo de carbón es una problemática compleja que quiere ilustrarse analizando las posibles diferencias en la distribución de valor desde los tres modelos propuestos, que sin embargo trataremos de analizar en función de identificar componentes principales.

En el segundo caso, la participación estatal en la planeación minera estaría sujeta al desarrollo territorial y las decisiones sobre aumento de reservas de carbón serían una función costo/beneficio bajo indicadores de desarrollo social, y en el tercer modelo la tasa interna de retorno está altamente condicionada por el costo del capital financiero y la generación de renta privada, mientras que las decisiones estatales están orientadas al aumento de la producción y consecuentemente la generación de contraprestaciones económicas para la inversión social por parte del Estado. Trataremos de analizar estos tres escenarios incorporando variables socio-ambientales en su cálculo, como un aporte a los debates sobre política minera en Colombia.

En concordancia con el Proyecto Académico de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad Externado de Colombia, pretendiendo abrir espacios que se apartan de lo que algunos investigadores llaman “solución generalizadora” desde un paradigma simple que haría innecesario discutir otros conceptos, lógicas y mecanismos que también conforman el problema, en la posibilidad de destrabar la precepción *a priori* del problema social en la gran minería del carbón en Colombia.

2. LA MINERÍA DEL CARBÓN A GRAN ESCALA EN COLOMBIA DESDE LA MATRIZ ENERGÉTICA

Una consideración inicial respecto de la cadena de valor del ciclo minero del carbón es la de que ella depende del modelo de economía política en el cual esté concebido el modelo extractivo; es decir, el ciclo económico básicamente consiste en la exploración, extracción, transporte y consumo energético, con dos ámbitos colaterales de impacto: las afectaciones territoriales y la emisión de contaminantes en la combustión. Actualmente en Colombia los usos energéticos del carbón se limitan básicamente a la mediana y pequeña minería de los yacimientos de la región andina, utilizados en la generación de calor para la

industria de cementos, y para abastecimiento de algunas plantas carboeléctricas. Sin embargo, la gran minería de carbón de los departamentos de La Guajira y el Cesar, que constituye alrededor del 95 % de la producción colombiana, está destinada totalmente a la exportación a Estados Unidos, Europa y Asia, por lo que un análisis completo de la cadena de valor tendría que extenderse al consumo energético y la contaminación por emisión de CO₂ en estas regiones, que por el momento supera el alcance de este artículo, pero sin embargo resulta necesario abordarlo más adelante.

No obstante, la consideración de los usos energéticos actuales e históricos del carbón en Colombia, así como un escenario hipotético de este uso para las minas de La Guajira, nos servirán como un referente de costo de oportunidad para analizar conceptualmente esta componente de la cadena de valor y su relación con el modelo minero. Los demás aspectos principales considerados del ciclo minero son los que dan cuenta del descubrimiento, medición y valoración del yacimiento del carbón, el cual, bajo el enfoque clásico de la geología económica, tiene una estrecha relación con la tasa interna de retorno (TIR) del proyecto, la que a su vez depende del diseño minero y que permitirá comparar su valor con los otros dos modelos de estudio. Para el primer caso, la determinación de reservas mineras probadas de carbón de El Cerrejón sería una variable estratégica en su vinculación hipotética al modelo energético de la región Caribe y su TIR incluiría un cálculo del beneficio social de la generación, distribución y consumo de electricidad, la contraprestación económica de regalías al ente territorial, la compensación al impacto ambiental de la extracción, y la vinculación empresarial a la economía local en el territorio minero; se afectan así variables como un mercado interno para el precio del carbón y la planeación socioeconómica del cierre de mina, bajo categorías estratégicas como las de seguridad y soberanía energética.

Considerando la TIR en un sentido básico y conceptual como la tasa de rentabilidad que ofrece una inversión, esta tiene diferentes expectativas según se trate de uno u otro modelo minero energético. Por un lado, la consideración de una TIR al capital financiero de la inversión en un proyecto de minería desde un cálculo de rentabilidad empresarial, la cual enfrenta riesgos asociados a la variabilidad de los precios internacionales del carbón, al agotamiento de las reservas mineras, tanto por factores geológicos como de regulación estatal o de crisis sociales y políticas o de convenciones internacionales como penalizaciones al uso del carbón, o por el surgimiento tecnológico de sustitutos energéticos. Esto entra en tensión con las demás componentes de la cadena de valor, como la contraprestación económica por la propiedad del Estado del

recurso carbonífero y la gestión y compensación del impacto socioambiental por la extracción y transporte en el territorio, así como las expectativas sociales de participación de la riqueza del subsuelo, por la tendencia del modelo empresarial a disminuir costos de producción asociados a esas variables, con posible detrimento del retorno estatal y social, así como tratar de minimizar el tiempo de retorno de la inversión de la instalación minera, disminuyendo incertidumbres, evitando mayores costos de financiación de capital y maximizando rentabilidades.

Un segundo referente para análisis de la TIR sería el del retorno de inversión estatal en una determinada política pública minera, cuyo cálculo resulta mucho más complejo, dependiendo de la cantidad de variables involucradas y de las incertidumbres de su cálculo; algunas de ellas son comunes con el interés empresarial, como las variaciones en los precios. Un balance de la ecuación que considere el costo de oportunidad del aprovechamiento del recurso minero en un modelo alternativo o el costo de oportunidad de las tierras afectadas durante la operación minera para otros usos, como los agrícolas, ganaderos, turísticos, de hábitat social o de producción de bienes y servicios ecosistémicos, entre otros, generalmente resulta afectado por limitantes en la formalización del valor económico de dichas actividades, como la titulación de la tierra o la valoración futura de las productividades en función de planes de desarrollo regionales, lo cual puede clasificarse como una variable débil en términos de institucionalidad y gobernabilidad, lo que introduce múltiples decisiones de corto plazo en las políticas públicas, frente a lo cual se contrasta una planeación minera mejor dotada de instrumentos de viabilidad.

Lo anterior requiere conceptos de disciplinas como la gestión o manejo del impacto ambiental, la planificación energética y el desarrollo y ordenamiento territorial, así como la estructura previa de la distribución de la riqueza pública en el territorio desde una perspectiva amplia de ciencias sociales. Aclarado lo anterior, el enfoque técnico problemático de este análisis será el energético y la perspectiva de observación será histórica y geopolítica. En este sentido, Colombia transita en satisfacer su problema energético o mejor socio-energético como país, a la vez inmerso en una dinámica tecnológica y comercial global. Esto queda evidente al mirar la historia de las minas de carbón de El Cerrejón, localizadas en la región Caribe colombiana, descubiertas desde el año 1864, pero que solo fueron objeto de una apropiación económica a finales del siglo XX. Efectivamente el ingeniero civil estadounidense John May daba cuenta en esa época de la existencia y medición superficial de afloramientos de capas de carbón en el cerro Cerrejón del Estado Federal del Magdalena, el cual había

sido creado administrativamente en 1857 como parte de los Estados Unidos de Colombia y que reunía los territorios de los actuales departamentos de Magdalena, Atlántico, Cesar y Guajira, siendo este último el que mantendría la localización de los depósitos de carbón de El Cerrejón.

Según el escritor e investigador guajiro Fredy González Zubiría⁵, John May fue contratado en 1864 por el Gobierno nacional para realizar una exploración y sus resultados fueron publicados en el *Diario Oficial* n.º 471 del 31 de octubre de 1865. Aquí es necesario discutir un elemento fundamental para nuestra problematización: entender el concepto de *mina de carbón* como una categoría económica dinámica sujeta a factores históricos como precios en los mercados, niveles de certeza exploratoria, tecnología disponible para minería y transporte, y regulación política; todo en un marco de los intereses económicos locales y globales para la apropiación de la energía térmica del carbón.

Esto nos sitúa en un primer debate que, aunque relativamente sencillo, es fundamental en nuestro análisis, y es la valoración económica de El Cerrejón en el contexto histórico de finales del siglo XIX; esto quiere decir su localización geográfica frente a los centros de demanda de energía térmica de ese entonces, las condiciones de productividad (profundidad y geometría del carbón respecto del suelo, el espesor o potencia de los mantos o capas de carbón, que finalmente define el volumen extraíble), la disponibilidad de mano de obra, la existencia de tecnología minera para acometer la extracción, su transporte a los centros de consumo; todo esto dentro de un análisis financiero y en la regulación estatal de la concesión minera o derechos de apropiación. Lo que nos obliga, en nuestro caso, a razonar sobre si realmente se descubrieron minas en La Guajira en el siglo XIX. Partiendo del hecho de que no se logró la viabilidad de la explotación en ese momento, podríamos decir que no, no fue una mina, no se configuraron las condiciones expuestas. Asunto diferente es que efectivamente se descubrió un depósito de carbón que siguió teniendo potencial hasta casi un siglo después.

5 *El Heraldo*. La pugna por el carbón de El Cerrejón en el siglo XIX, 2012; <<https://revistas.elheraldo.co/latitud/la-pugna-por-el-carbon-de-el-cerrejon-en-el-siglo-xix-87176>> (consultado enero de 2019).

FIGURA 1. LOCALIZACIÓN DEL PRIMER DESCUBRIMIENTO DE CERREJÓN EN EL MAPA DEL ESTADO DEL MAGDALENA



Un contexto histórico tecnológico de la demanda de carbón en esta evaluación minera lo es el hecho de que diez años antes del descubrimiento de May, en 1855, había entrado en funcionamiento el ferrocarril interoceánico

de Panamá⁶, el cual obtenía su fuerza motriz del carbón, y cuyos primeros estudios, como primeras propuestas de modernización del aparato productivo del país, habían sido encargados por el Presidente de la Gran Colombia, Simón Bolívar, 28 años antes (cuando Panamá todavía era parte de la Gran Colombia –luego separada en 1830). Igualmente, los buques de vapor conectaban el este con el oeste de EE. UU. complementando el ferrocarril de Panamá, con financiación por empresas privadas norteamericanas, durante las fiebres del oro de California (1848), Nevada (1850) y Oregón (1860-70). Otros trasatlánticos llegaban a los puertos de Santa Marta, capital del Estado del Magdalena, y de la ciudad de Barranquilla al norte del país, cuyas cargas eran trasbordadas a buques movidos con carbón de las concesiones navieras que se empezaban a desarrollar en Colombia para conectar los puertos marítimos con las ciudades interiores a través de los puertos fluviales del río de La Magdalena. Especial relevancia estratégica para la soberanía de los Estados Unidos de Colombia pudo haber tenido la navegación entre los puertos del Estado del Magdalena con la costa Caribe de Panamá dadas las grandes limitaciones logísticas de la conexión por tierra a través del tapón del Darién; pero también lo era para el proyecto de expansión de EE. UU. hacia la costa Oeste buscando consolidar las anexiones de Texas en 1845; California, 1848, Nuevo México, 1847 y Arizona, 1848, por una ruta marítima rápida y económica a través de Panamá.

Al tiempo Barranquilla crecía en función de su conexión estratégica de la desembocadura del río de La Magdalena (Bocas de Ceniza) y el puerto de Sabanilla en el mar Caribe⁷, siendo epicentro de los intereses comerciales de empresarios e inversionistas alemanes, franceses e ingleses en las últimas décadas del siglo XIX y, más tarde, sirios y libaneses. Sin duda en esto tuvo una gran relevancia la construcción del ferrocarril de carbón de Sabanilla que conectó el puerto fluvial con el marítimo en 1871 (en la primera etapa) y aumentó el comercio de Barranquilla⁸.

6 CORREA, JUAN. Ferrocarriles y soberanía: el Ferrocarril de Panamá, 1850-1903, *América Latina en la Historia Económica*, vol. 22, n.º 2, mayo-agosto 2014. Disponible en <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-22532015000200002>

7 CORREA, JUAN. El Ferrocarril de Bolívar y la consolidación del puerto de Barranquilla (1865-1941), *Revista de Economía Institucional*, vol. 14, n.º 26, enero-junio de 2012. Disponible en <<https://www.economiainstitutional.com/pdf/No26/jcorrea.pdf>>

8 MÁRQUEZ ESTRADA, JOSÉ. Modernización sobre rieles. El ferrocarril de Barranquilla y el tranvía eléctrico de Medellín. Dos obras de gran impacto en el proceso de construcción de ciudad:

Más adelante los primeros desarrollos de electrificación residencial y del alumbrado público, y luego con fines industriales, se dieron en Barranquilla a partir de 1892 con generación eléctrica de vapor a partir de energía térmica de carbón importado, modelo que fue progresivamente ampliado a las ciudades de Cartagena, Sincelejo, Santa Marta, Ciénaga, Riohacha, Mompo y Magangué, como un núcleo que en el comienzo del siglo XX sería la base de la energía eléctrica del Caribe colombiano. La importación de carbón demuestra un abandono de la idea y desinterés local y nacional por el yacimiento de El Cerrejón en términos de energéticos.

Los desarrollos desarticulados de las ciudades y regiones del Caribe seguramente no lograron una visión estratégica que permitiera planear los costos y la infraestructura que requería la planificación de una zona minera de extracción de carbón en El Cerrejón, frente a las facilidades de un modelo importador de combustibles abaratado por los desarrollos tecnológicos del transporte con los buques de comercio marítimo. Sin embargo, la visión de una región económica integrada por los intereses de las elites no correspondía a la realidad; los intereses geopolíticos externos articulados con los intereses locales jugaron un rol importante, como lo presenta Goueset, citando a Nichols, con respecto a la hipótesis que da cuenta de las dificultades de esa integración:

Barranquilla era el único de los tres puertos caribeños que no estaba bajo la total dependencia del imperialismo norteamericano (a partir de 1929, Santa Marta dependió de las exportaciones bananeras de la United Fruit, y Cartagena de las exportaciones petroleras de la Andean Company), lo cual le habría valido, tanto respecto a la población como al gobierno central, gozar de una popularidad superior en su calidad de ‘puerto nacional’⁹.

Así, el costo de generación de la energía eléctrica siguió siendo alto, lo cual redundó en una baja capacidad de crecimiento y fortalecimiento del aparato de generación y distribución. Esto pudo haber sido compensado por una visión estatal estratégica desde Bogotá para aprovechar el carbón de La Guajira en el modelo energético nacional, que potenciará las ventajas de localización de los puertos respecto al potencial de industrialización. Este era el contexto

1870-1955, *Memorias*, n.º 15, 2011. <<http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/memorias/article/viewArticle/2769/4891>>

9 NICHOLS, THEODORE. Tres puertos de Colombia..., pp. 261-265. Citado por Goueset, *Las bases económicas y políticas del desarrollo regional...*

de la demanda local para el carbón en 1886 en la región Caribe a distancias de transporte entre las posibles minas y la demanda de los puertos y los centros industriales, viables con la infraestructura de la época; tal vez el factor más crítico pudo haber desarrollado tempranamente una fuente energética de altísimas ventajas comparativas, de la entonces gobernación de Santa Marta, y una visión energética nacional diferente.

De otro lado, estuvieron a la orden del día las visiones y consideraciones para la exportación de carbón de El Cerrejón, como puede constatarse en el relato del periodista Juan Carlos Quintero, quien en 1984 habla de los cálculos y búsqueda de agentes financieros y comerciales que a finales del siglo XIX se hicieron para llevar este combustible al Reino Unido y a los Estados Unidos de América, lo que significó un paradigma diferente en la relación entre esta energía térmica y el movimiento de aparato productivo nacional. Cien años después del primer descubrimiento, en 1984, se instaló un modelo extractivo neto que generó valor mediante el ciclo extracción, exportación, generación de renta estatal (regalías) por medio del proyecto minero Intercor y el abordaje del desarrollo regional a partir del carbón por el camino de la inversión pública de los recursos de las regalías bajo la intermediación de las clases políticas.

Por un lado, las iniciativas privadas para un modelo de desarrollo regional implícito en las potencialidades locales que contó con capital social con visión de industrialización no logró articularse a la visión estratégica del Estado para incorporar lo energético desde el carbón de El Cerrejón, pero el modelo que se impuso un siglo después paradójicamente apoyado en un proyecto estatal estuvo orientado en un 100 % a la exportación energética y en lo más mínimo a considerar el abastecimiento de energía de menor costo de la región Caribe.

Posteriormente, se definiría un modelo energético de Colombia, en el que la consideración de que la energía hidroeléctrica presentaba mejores condiciones económicas y ambientales que la térmica no tuvo un análisis más estratégico, que permitiera ver otros factores como un mayor valor agregado del carbón y una distribución de su beneficio social amplia vía abastecimiento energético, así como mayor autonomía energética para la región Caribe, una menor presión sobre los ecosistemas de las regiones andinas generadoras a partir de hidroeléctricas. Incluso considerando que en el pasado el carbón, tanto en Europa como en Colombia, sustituyó el uso de la leña y del carbón de leña con un importante, aunque relativo, beneficio ambiental para la conservación de los bosques, especialmente considerando la electrificación rural.

De otro lado, todavía a finales del siglo XIX las reservas medidas y probadas de los yacimientos de carbón en el mundo no eran lo suficientemente escasas

frente a la demanda global, como para que hubiera precios altos que costearan un transporte trasatlántico, que todavía era poco eficiente y costoso para cargas masivas. Si bien los costos de extracción minera en las regiones de Newcastle, Manchester, Leeds y Birmingham en la Gran Bretaña cada vez eran más elevados, al estar cada vez más profundas las capas de carbón en el subsuelo, esto no fue suficiente para que la importación del combustible de la Guajira fuera competitiva sino en la segunda década del siglo XX. Esto sumado a las tensiones laborales con los mineros ingleses que se negaban a dejar su trabajo o a renunciar a sus derechos laborales ganados en más de 200 años (todavía en el año 1920 había 1'191.000 obreros mineros del carbón) y en 2012 todavía el 39,7 % de su electricidad procedía de las centrales térmicas de carbón. Cayendo el empleo en las minas de carbón a 695.000 mineros en 1956 y cuando se empezaba a viabilizar el proyecto de Cerrejón en 1976 quedaban 247.000 mineros para finalmente descender drásticamente a 44.000 en 1993 y 2.000 en el año 2015^[10].

Volviendo a la época del primer descubrimiento del ingeniero May en La Guajira, existen reportes de los años 1850 y 1880 que indican que hubo importación de combustibles en Colombia, aunque los datos se reportan junto a herramientas y manufacturas metálicas y productos químicos, cuya agregación estaba entre el 10 y el 15 %^[11] del total de importaciones, dato que sin duda requiere un mayor detalle, pero que confirma la existencia de la importación de combustibles líquidos, asociada específicamente al uso del motor de combustión interna, el cual empezaba a sustituir las máquinas de vapor como producto de la segunda revolución industrial. De esta forma la eficiencia, potencia y confiabilidad de los motores sumado a la regularidad comercial de la importación del combustible, y más tarde al periodo de la extracción y refinación del petróleo en Colombia, y que gradualmente reemplazaría a las locomotoras, buques y plantas eléctricas de carbón por maquinas diésel. Que, si bien significó mayores eficiencias en el transporte, simbolizó el alejamiento de las ventajas estratégicas que ofrecía el carbón nacional desde un pensamiento decidido hacia un modelo energético propio, especialmente para la región Caribe.

10 Department for Business, Energy & Industrial Strategy. *Historical coal data: coal production, availability and consumption 1853 to 2015*, 2016. <<https://www.gov.uk/government/statistical-data-sets/historical-coal-data-coal-production-availability-and-consumption>>

11 LAURENT, MURIEL. *Contrabando en Colombia en el siglo XIX: prácticas y discursos de resistencia y reproducción*, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Historia, CESO, Ediciones Uniandes, 2008.

Las variables políticas regionales expresadas en diferentes visiones del desarrollo no están ausentes en el Caribe colombiano, de esta forma las condiciones históricas materiales de la modernización estuvieron asociadas a los puertos marítimos y fluviales, es decir, el nodo entre el interior del país y su relación con el comercio mundial; como lo describe Goueset, “El despegue económico de Barranquilla se debió a su posición de cruce entre el ‘dentro’ y el ‘afuera’. Barranquilla, situada en la desembocadura del río Magdalena, constituía una vía de paso obligada para la mayor parte de las importaciones y de las exportaciones. Su apogeo comenzó con la aparición de los barcos de vapor en el río en el último tercio del siglo XIX”¹². De otro lado, y en la misma referencia, “La creación del departamento del Atlántico en 1910, con Barranquilla como capital, liberó a la ciudad de la tutela administrativa de Cartagena”, sin duda bajo una visión de modernización frente a la herencia del pensamiento colonial que seguía viendo los recursos mineros no como factores productivos sino como una mera renta estatal. En la tabla 1 vemos que las fuentes de energía antes de 1930 en Barranquilla consistían en la generación térmica, mientras que los tres grandes núcleos andinos Cali, Medellín y Bogotá se orientaron a la generación hidroeléctrica, a la vez que estas últimas extrajeron carbón para sus procesos industriales y generación a baja escala, pero que no aparece en la minería abastecedora de Barranquilla.

TABLA 1. LAS BASES DEL DESARROLLO ECONÓMICO DE LAS CUATRO METRÓPOLIS COLOMBIANAS¹³

	Bogotá	Medellín	Cali	Barranquilla
Fuentes de energía, minas	Sal, carbón, hierro, esmeraldas Yeso Hidroelectricidad	Oro, plata, carbón Yeso Hidroelectricidad	Carbón Oro y minerales no ferrosos Hidroelectricidad	Yeso Termoelectricidad
Agricultura comercial y de exportación	Flores, hortalizas Ganado (leche, carne) Café	Café Ganado	Caña de azúcar, café, cereales, oleaginosas Ganado	Ganado Algodón, cereales

12 GOUSET, VINCENT. *Bogotá: nacimiento de una metrópoli*. Capítulo 3: Las bases económicas y políticas del desarrollo regional. <<https://books.openedition.org/ifea/3264?lang=es>>

13 *Ibid.*

	Bogotá	Medellín	Cali	Barranquilla
Transportes y Comunicaciones	Mala salida al mar Buena red regional de vías de comunicación Monopolio del contacto con los Llanos orientales	Mala salida al mar Pobreza de la red regional de vías de comunicación	Buena conexión con el Pacífico Buena red regional de vías de comunicación	Puerto sobre el Caribe (Competencia con Cartagena y Santa Marta) Pobreza de la red regional de vías de comunicación
Industria	Industria diversificada: mat. de transporte, maqu. eléctrica, metal., sider. (incluye Boyacá), química (incluye Zipaquirá), agroalimenticia	Industria diversificada: textiles, confección, maqu. no eléctrica, mat. de transporte	Industria diversificada: papel, edición, agroalimenticia, química (incluye farmacéutica)	Industria diversificada: agroalimenticia, madera, química, mat. de transporte

Si bien la generación hidroeléctrica sustituyó muchos de los usos de la energía termoeléctrica en el país (carbón y gas), su reemplazo energético fue gradual incluso en algunas zonas mineras carboníferas andinas como presumiblemente la cuenca del Sinifana en Antioquia todavía en 1912 abastecía un montaje de 250 kW de generación para la demanda del déficit de sequía, energía eléctrica de Medellín desde la central de Santa Elena. En 1965 se instaló la planta térmica de Tibú, con 19 MW; la central turbogás Río Mar de Barranquilla, con 11 MW y la térmica a vapor de Cospique (Cartagena), con 24 MW. En 1970 se abrió una licitación internacional para la generación con gas en Cartagena. La primera etapa de Termocartagena entró en operación en 1978 con dos unidades que sumaban 66 megavatios. El uso de carbón en la generación de electricidad en Colombia ha disminuido significativamente, pasando de 1.710 en el año 1992 a 775 toneladas en el año 2000. Disminuyendo también en otros usos, como la demanda local para fabricación de cemento, textiles y ladrillos, entre otros, de 3.676 en 1996 a 2.713 toneladas en 2000, según datos de la UPME. Otro combustible relevante en la región Caribe de Colombia es el gas, el cual entró en la escena energética nacional a mediados de los años 70 del siglo pasado¹⁴, principalmente a partir de los yacimientos de La Guajira; la ciudad de Barranquilla fue la primera en tener una red de distribución.

14 <<http://www.creg.gov.co/index.php/es/sectores/gas-natural/historia-gas>>

A falta de una visión estratégica en lo minero energético del carbón, que permitiera sustituir la importación de combustibles para el abastecimiento energético en la región Caribe, con el consecuente costo y enlentecimiento de su desarrollo, y generando así precariedades al mismo sistema eléctrico, que hasta bien entrado el siglo XX seguía siendo conformado por subsistemas no interconectados de generación y distribución. Como ya mencionamos, en 1892 funcionó en Barranquilla una planta carboeléctrica con carbón importado, adelantándose un siglo a una visión de política energética basada en recursos mineros, como fue la de los años noventa del siglo anterior, que el Gobierno nacional definió en dos documentos Conpes: el Plan de Gas y el Programa para la Masificación del Consumo de Gas, lo que implicó la sustitución de electricidad, carbón y leña por gas natural y GLP (gas propano) en los sectores industrial, comercial, residencial y termoeléctrico, con dos objetivos: i) llevar gas natural y propano a más de 3,7 millones de familias y ii) fortalecer la oferta, por medio de la interconexión de los principales campos de producción de gas natural de la costa Atlántica (Ballena) y el interior del país (Cusiana y Cupiagua) por medio de una infraestructura de transporte y distribución de gas natural¹⁵.

Una de las rutas de sostenibilidad de la generación de energía a partir del carbón lo constituyen las plantas carboeléctricas con captura de CO₂, como varias que se construyen en EE. UU. actualmente (plantas térmicas Saskatchewan y Mississippi); otros escenarios menos optimistas apuntan a la disminución de la demanda de carbón escenario en el que el valor presente neto de los yacimientos disminuiría drásticamente obligando a los cierres mineros anticipados, configurando un valor negativo para la cadena de valor y nuevos interrogantes para la distribución social de este valor negativo de la mina. En ambos casos se hace necesario revisar la ecuación en el ciclo minero.

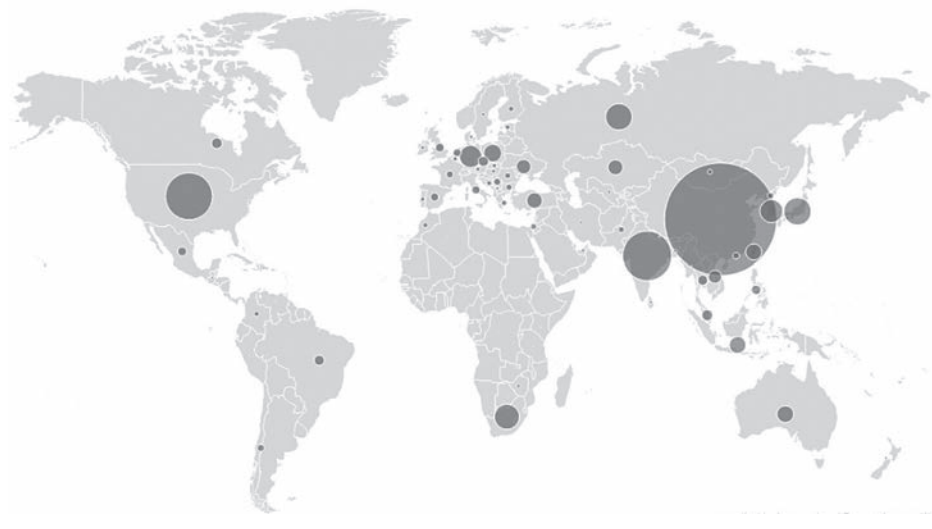
Sobre ello se construyen diversas discusiones de la economía política, y la noción de *recurso agotable* en la evaluación de los recursos mineros fue una de las bases de argumentación de los informes del Club de Roma (*Los límites del crecimiento*, 1972^[16]). Sin embargo, las predicciones sobre el agotamiento de los combustibles fósiles en el corto plazo no se cumplieron y hoy según datos de la EIA las reservas globales de carbón siguen activas, de las cuales Colombia

15 <<http://espgasnaturaldomiciliario.blogspot.com/2013/03/historia-y-evolucion-del-gas-natural-en.html>>

16 Asamblea de las Naciones Unidas, Estocolmo.

posee una considerable cantidad, con una producción actual de cerca de 90 millones de toneladas. Esto sitúa el problema en un plano geopolítico tanto en lo energético y económico como en lo ambiental.

FIGURA 2. CONSUMO MUNDIAL DE CARBÓN EN 2016 - DATOS EIA¹⁷

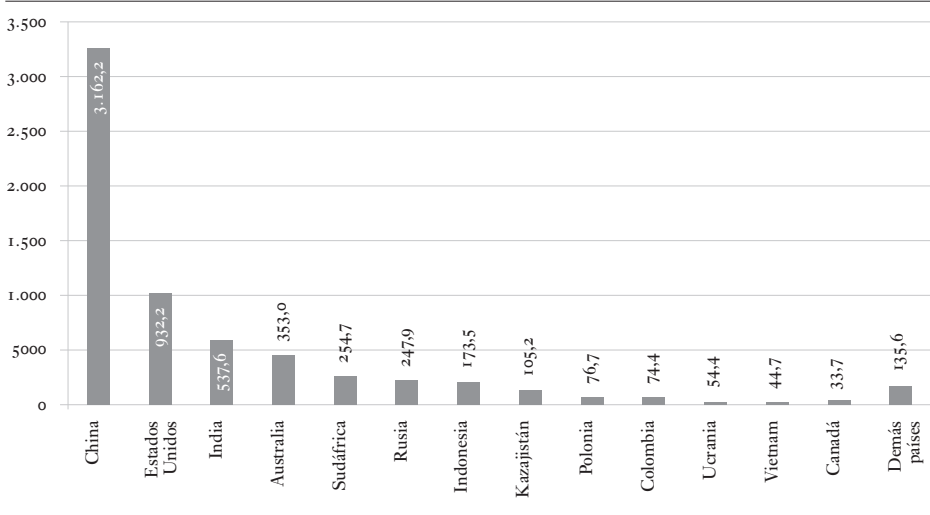


En este sentido, la determinación de reservas mineras probadas de carbón que puedan hacer parte de los inventarios mundiales es un primer paso para su valoración en economías de mercado, lo cual es complejo y tiene incidencia en la participación social de este valor. De manera ilustrativa, si el carbón tuviera por cualquier razón hipotética, un precio en los mercados igual a cero no existiría reservas mineras, puesto que ellas corresponden a las cantidades que pueden ser extraídas cuando el valor de venta es mayor a los costos mineros es decir existen utilidades. Lo cual es diferente en economías de planificación estatal en donde la cantidad de reservas mineras se define por factores estratégicos del aparato productivo y no por el mercado. Para el caso colombiano de gran minería de carbón este proceso está controlado por las empresas en los costos mineros y de transporte, y en los precios internacionales que obedecen a la oferta y la demanda, así como a factores geopolíticos. Siendo este rango en donde se producen efectos ambientales y sociales a partir de la declaración de

17 Agencia Internacional de Energía. Consultado marzo 2019.

reservas mineras probadas. Como han sido los casos de expansión de la mina de Cerrejón, el proyecto de desvío del río Calenturitas, las políticas laborales, entre otros aspectos.

FIGURA 3. PRODUCCIÓN DE CARBÓN POR PAÍSES EN 2010 - DATOS EIA¹⁸



Fuente: IEA Statistics 2011, Coal information.

3. LA INTERCONEXIÓN Y EL MODELO HIDROELÉCTRICO

Un punto de inflexión fundamental para el modelo energético de la región Caribe se dio en la década de los años 1960, cuando todavía con grandes costos de generación y distribución trasferido como ineficiencias a los usuarios, y que terminaron siendo asumidas por la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica (Corelca) la cual en 1976 entró a hacer parte del proyecto de interconexión eléctrica nacional, que ya habían suscrito EEB, EPM, la CVC y Electraguas desde 1967. Este es un punto de inflexión fundamental para el desarrollo eléctrico del país, pues la generación y consumo de energía salían de los marcos ecosistémicos regionales, para integrarse en un modelo nacional, la era de la transmisión de energía a grandes distancias. Con grandes consecuencias en la economía de escala, que a su vez permitió la concepción de grandes proyectos

18 *Ibid.*

de generación hidroeléctrica en la región andina y que entraban a abastecer la región Caribe, como la principal región demandante y con baja y costosa capacidad de generación. Lo que de paso liberaba el carbón de El Cerrejón de cualquier interés energético para el país y lo dejaba libre para las exportaciones.

Este esquema que tuvo la asesoría de *Électricité de France* (EDF) y otros expertos internacionales, y que fue promovido por el Banco Mundial, superó los intereses de las generadoras regionales y abrió el camino al modelo de grandes centrales de generación hidroeléctrica, luego este modelo entra en la agenda geopolítica ambiental, considerándose como “energía limpia” mientras que la generación térmica es clasificada como contaminante, aunque su exportación y consumo se da en Europa y EE. UU. Pero cuya concepción coadyuvó a que el carbón de El Cerrejón no se considerara dentro de la matriz energética del país.

Dentro de la misma evolución del modelo energético del país, bajo la Ley 6 de 1905 y el Decreto 34 el Gobierno de Colombia otorgó a Roberto de Mares¹⁹ una concesión para explotación de yacimientos de petróleo en las áreas de Carare y Opón, descubriéndose luego en 1918 el primer gran yacimiento de hidrocarburos de Colombia, el Cira-Infantas, el cual entró en producción comercial en 1939 produciendo 64.971 barriles diarios de crudo. Luego de varias transacciones este campo quedó en propiedad de la *Tropical Oil Company* a su vez subsidiaria de la *Standard Oil de New Jersey*, y cuya concesión revirtió al Estado colombiano en 1951 siendo administrada por la estatal *Empresa Colombiana de Petróleos* (Ecopetrol), creada en 1948.

De otro lado, la *Standard Oil Company*, creada en 1882 (cuatro años antes del descubrimiento de El Cerrejón por el ingeniero Bay), que se llamó posteriormente *Exxon*. En 1917 la *Tropical Oil Company* (*Exxon*) se estableció en Colombia, en 1920 fue adquirida por la *International Petroleum Company* (IPC), identificada en Colombia como la *Esso*, principalmente orientada a la distribución y venta de combustibles.

La *ExxonMobil* de Colombia, S. A. es una filial de la petrolera estadounidense *ExxonMobil Corporation*, esta filial colombiana fue fundada en 1955 en Bogotá, en diciembre de 1976 se firmó el Contrato entre la estatal colombiana *Carbocol S. A.* (*Carbones de Colombia S. A.*) e *Intercor* (*International Colombia Resources Corporation Intercor*), filial de la *Exxon*.

19 MAYORGA GARCÍA, FERNANDO. La industria petrolera en Colombia, *Revista Credencial*, 2016. <<http://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-151/la-industria-petrolera-en-colombia>> (consultado febrero 2019).

Más allá de las particularidades que hayan tenido lugar en las diferentes negociaciones y contratos y sin información suficiente para cuestionar el beneficio de la participación estatal en dichas transacciones, lo que supera el alcance de este artículo; este recuento histórico pone en evidencia la ausencia de un pensamiento y un planeamiento estratégico de la política energética del país con respecto a los carbones de El Cerrejón, quedándose definida por coyunturas de corto plazo de los intereses particulares locales y de una geopolítica energética y ambiental, lo cual redundaba en una precaria distribución social del beneficio minero y una baja ganancia la estrategia económica de su extracción para el País. Esto puede entenderse como las disputas entre las elites de los puertos de Cartagena, Barranquilla y Santa Marta, terminan imponiendo lógicas de visión local frente a un interés amplio de la región Caribe y del país, como lo analiza Goueset, al recordar cómo el ferrocarril del Magdalena, que unía a Bogotá con el mar Caribe, no llegaba a Barranquilla y privilegiaba el puerto de Santa Marta, y cómo los dos ferrocarriles y sus puertos carboneros, de El Cerrejón en La Guajira hacia Puerto Bolívar, y el de Fenoco, omitiendo a Barranquilla, indicando cómo el proyecto original de El Cerrejón preveía la construcción del terminal carbonero en Barranquilla. Incluso años más tarde, cuando el embarque de los carbones provenientes del departamento del Cesar generaba grandes problemas de contaminación en las playas turísticas de Santa Marta, la opción de trasladar dicho embarque a otro puerto no logró concretarse, muy seguramente por las implicaciones en el pago de regalías portuarias que estaban en juego.

Del lado de los intereses, los condicionantes externos al país quedan demostrados al analizar cómo en 1976 la filial de la Exxon llamada Intercor firmó un contrato con la contraparte estatal Carbocol S. A. para la exploración, construcción y producción de carbón en el Cerrejón. Esta vez una empresa con interés en el petróleo (paradójicamente antiguo competidor del carbón) viabilizaría de manera financiera y tecnológica el transporte del carbón a EE. UU. y Europa, de un lado, con el acceso a los mercados y con la disposición de buques carboneros movidos por petróleo que abarataron su transporte. De otro lado, en 1984, casi al mismo tiempo en que Cerrejón iniciaba su operación, la National Union of Mineworkers, sindicato de mineros de carbón del Gran Bretaña empezó la serie huelgas más importantes de finales del siglo XX (en 1972, 1974 y 1984-85) al final de las cuales se cerraron la mayor parte de minas, en esa época tenía más de 190 mil trabajadores mineros del carbón y en 1984 antes de la huelga producía más de 130 millones de toneladas de carbón de las

cuales cerca del 85 % por minería subterránea, lo cual representaba importantes costos laborales y tecnológicos. Que con el triunfo de las políticas de privatización y cierre de minas de Margaret Thatcher la producción de carbón del Reino Unido vino en declive hasta 31 millones de toneladas en el año 2000.

4. EL MODELO NEOLIBERAL Y EL IMPACTO SOCIOAMBIENTAL

Un aspecto fundamental del análisis de la generación de valor en la cadena minera de carbón, debe considerar que la mina no es un activo económico estático, sino que está condicionado por factores de precios, geopolíticos y tecnológicos como los vimos en el anterior aparte, pero también son fundamentales los factores de la medición del yacimiento, es decir de la fase exploratoria minera. Esto bajo las técnicas de ingeniería actuales diferencia desde la categoría de “reservas especulativas”, que no tendrían más exactitud que la proyección o extrapolación de la geometría de los afloramientos de las capas de carbón desde la superficie hacia la profundidad del subsuelo, muy cercano a los procedimientos disponibles en la época de John May. Frente a esto, en 1864 por comisión del Gobierno colombiano se levantó una cartografía de superficie de El Cerrejón, con algunos niveles de certeza sobre la cantidad de carbón del depósito, pero aún con datos muy limitados para la concepción actual de la mina de El Cerrejón.

Sin embargo, a pesar de la precariedad de la información, la descripción geológica de 1864 permitía configurar expectativas realistas de su extracción comercial para un abastecimiento de relativa pequeña escala, como la demanda de los buques de vapor fluviales y marítimos, ferrocarriles proyectados, plantas termoeléctricas y aplicaciones industriales, en un área de influencia por lo menos de la región Caribe considerando transporte terrestre. Pero también, dichas expectativas del yacimiento permitieron pensar en las exportaciones, las que el propio May vislumbraba como posibles, incluso con un análisis geopolítico como el posible pago de las contraprestaciones a la deuda adquirida por Colombia con Inglaterra²⁰, sumado al interés de ese país de sustituir sus minas

20 En 1822 Colombia recibió un préstamo por dos millones de libras esterlinas de la casa financiera londinense Herring, Graham y Pwles, respaldado no solo en las tierras y propiedades del Gobierno colombiano, sino también en la hipoteca de la mitad de los derechos de importación y exportación perceptibles en las aduanas del país. Se le conoció como el Empréstito Zea. En

que presentaban altos costos comparativos de producción. Sin embargo, la idea de exportación de El Cerrejón solo logró materializarse 200 años después, configurando un escenario netamente extractivo alejado de cualquier consideración de generación energética colombiana y bajo una planeación minera de gran escala, que incluyó la construcción de un ferrocarril de 150 kilómetros y un puerto de embarque en el norte de La Guajira, alejado de los puertos existentes de Santa Marta, Barranquilla y Cartagena, que hubieran permitido una articulación estratégica a un modelo de industrialización preexistente, posiblemente basado en una concepción de desarrollo sobre el ente territorial de La Guajira y de sus intereses locales.

Sin embargo, la evolución de los protocolos técnicos para la tasación o asignación de valor al yacimiento ha sido un elemento en el cual en Colombia no ha tenido un desarrollo. La figura del Contrato de Concesión define las condiciones de como un recurso de propiedad estatal pasa al dominio o derecho de apropiación por parte de un privado, y es básicamente el de determinación de reservas mineras probadas y un plan minero bajo una determinada infraestructura para su extracción, de manera que fije las condiciones del agotamiento del yacimiento y el cierre minero.

Para el caso de Cerrejón Zona Norte dichas condiciones se fijaron inicialmente en el contrato de asociación entre Intercor y Carbocol, firmado el 17 de diciembre de 1976 bajo la figura del *aporte minero* (aporte 398) que era la figura de definición territorial minera de la Nación, acordando un plazo inicial de 23 años a partir del 26 de febrero de 1986, a la vez que implicaría la aplicación de los principios constitucionales de coordinación y subsidiariedad entra las agencias estatales responsables del desarrollo territorial con las agencias mineras que en este caso tenían una representación importante de Carbocol y Corpoguajira, esta última creada en 1983 por el Decreto 3453 y como evidencia de su misión en el desarrollo territorial a partir de la gestión del recurso minero, inicialmente estaba adscrita al Departamento Nacional de Planeación (DNP), y que tenía entre su misión principal la generación del Plan Maestro de Desarrollo para la región. Así mismo, y por la misma época, el 28 de febrero de 1984 el estatal Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora) constituyó el resguardo de tierras de la Alta y Media Guajira para la comunidad indígena Wayuu según la resolución 015 de ese año, con un

Londres, la deuda comenzó a hacerse impagable, y la única vía que el gobierno halló fue la de negociar nuevos empréstitos para no quedar mal con los intereses.

área inicial de 930.880 hectáreas y ampliado el 19 de julio de 1994 mediante Resolución 028 del Incora de ese año. Es decir que hubo un diseño y una arquitectura institucional por lo menos convergente en el tiempo, como un ejercicio de ordenamiento territorial y de definición de un plan de desarrollo que articulaba agencias estatales mineras y territoriales.

Sin embargo en 1998 se dieron una serie de modificaciones al contrato de asociación inicial, las que se constatan en los documentos *Acuerdo Integral*, los Otro-Si número 1 y 2 del 22 de julio y 22 de agosto respectivamente, y el *Acuerdo Complementario* del 6 de noviembre, todos del año 1998; allí se definieron i) las condiciones de la prórroga del contrato (que luego se definiría en 25 años adicionales), ii) la expansión de la mina y su infraestructura asociada (ferrocarril y puerto) iii) la dirección técnica de la operación minera, iv) la posibilidad de participación de terceros en la infraestructura, y v) las condiciones de cesión del contrato a terceros por parte de Carbocol (el Estado). Lo cual plantea interrogantes sobre la capacidad de agencia estatal sobre los objetivos de desarrollo socioeconómicos sobre los cuales fue concebido el proyecto minero y de exportación de carbón, y en este sentido como pudo ser afectada la distribución de la cadena de valor especialmente en las expectativas de los pobladores de la Guajira, la región Caribe. Frente a esto, una de los hallazgos de la investigación sobre Empresas Mineras Multinacionales y Derechos Humanos concluye que precisamente la sustitución del rol estatal por el consorcio privado minero es uno de los factores más manifiestos en las inconformidades sociales frente al proyecto minero.

De otro lado, y desde un punto de vista financiero, la renuncia del Estado a la planeación minera, la que se suma a las ya mencionadas de una no planeación en términos de un modelo carbo-energético para la región Caribe, y una planificación de la infraestructura férrea y portuaria sin tener una función complementaria y de reforzamiento del proceso de industrialización de Barranquilla, que pudo incluir un sistema bimodal incluyendo las ventajas de navegabilidad del río Magdalena; todo lo anterior tanto en las modificaciones al trazado férreo original, como las derivadas de la cesión de la participación accionaria estatal, dejan el proyecto como un modelo básicamente neoliberal, en donde su planeación están altamente condicionada a la evolución de los precios del mercado, y la contraprestación socioeconómica como participación de los habitantes de la región en un plan maestro de desarrollo regional como parte de la participación social en la cadena de valor quedó supeditado por un modelo de inversión de regalías, siendo evidentes sus riesgos de ineficiencias

y corrupción, y principalmente no abordar la planeación estructural acorde al carácter de un recurso no renovable.

Esta perspectiva de un recurso no renovable nos obliga a retornar sobre lo que históricamente ha sido la valoración estratégica del recurso minero, considerando dos perspectivas que ya hemos planteado, la primera, la de la asignación de valor por parte del mercado en la relación oferta demanda que en este caso como hemos ilustrado ha correspondido a condiciones externas y geopolíticas y, segunda desde lo que se conoce como economías de planificación central como fue el desarrollo inicial del modelo soviético y chino, en los cuales el valor del carbón era definido en un sentido estratégico integrado al aparato productivo estatal, y que en nuestro caso se da en cuanto a la propiedad estatal del recurso carbonífero in-situ y lo que ya hemos explicado frente a la participación estatal de Carbocol y una vinculación de las utilidades mineras en un plan maestro de desarrollo territorial. Sin embargo, esta combinación de factores de ambos modelos para la valoración del carbón tiene lo que observaremos en esta investigación: un carácter nominal en muchos de sus aspectos. Puesto que, para el primer caso del modelo empresarial de libre mercado en donde se sitúa el accionar de las empresas multinacionales mineras del carbón, necesariamente es condicionado por las políticas energéticas globales del petróleo y otras fuentes como las nucleares, y las acciones geopolíticas de las potencias industriales en sus modelos de abastecimiento energético como ya se ilustró en el caso del cierre de minas del Reino Unido, entre otros factores; y para el segundo la valoración que hace el Estado colombiano, resulta inconsecuente y afectada por factores de intereses políticos locales. Aclarado lo anterior, un referente de carácter geopolítico que sitúa la evolución global de las regiones productoras de carbón, con datos de la Agencia Internacional de Energía (IEA), nos permite ver la situación del incremento de la producción global de carbón entre 1973 y 2016 en concordancia con los tres focos de desarrollo económico e industrial principales, EE. UU., Europa y China (aunque no se reportan datos de la antigua URSS antes de 1983, sin embargo fue uno de los principales productores y consumidores de carbón del mundo; la actual Federación de Rusia aparece como un importante productor); así mismo el incremento de las antiguas colonias inglesas como la República de Sudáfrica, India y Australia.

FIGURA 4. EVOLUCIÓN DE LA PRODUCCIÓN MUNDIAL DE CARBÓN 1973-2016. EIA²¹



5. LA SOSTENIBILIDAD DEL MODELO ENERGÉTICO DE FUENTES NO RENOVABLES

Así mismo, el problema de la valoración de los recursos naturales no renovables en función de la renta minera ha sido abordado por la geología económica mediante teniendo en cuenta el carácter mismo de *agotabilidad* del recurso, pero siendo necesario un marco implícito de un modelo de desarrollo determinado.

21 Agencia Internacional de Energía (consultado marzo 2019).

Una visión en este contexto amplio, hace que el agotamiento de las reservas mineras, sea un factor que afecta tanto a la empresa titular de los derechos de apropiación, al estado como dueño del recurso, pero también a la sociedad; esto nos lleva a considerar que la planeación minera del agotamiento del yacimiento, no es un asunto que solo afecta a la empresa concesionaria, sino al estado en su política minera y a la sociedad que tiene expectativas frente a la distribución de riquezas de la cadena de valor.

Actualmente ese factor de agotamiento es gestionado en la relación entre el Estado y las empresas o titulares de la concesión minera, y la distribución social del agotamiento queda limitada a la incertidumbre de la política estatal en un marco restringido del capital político a nivel local. Esto tiene relación con lo señalado por Acosta al indicar que “la actividad de exportación de bienes primarios consolida y profundiza la concentración y centralización del ingreso y de la riqueza en pocas manos, así como la del poder político. Las grandes beneficiarias son las empresas transnacionales, que conducen a una mayor «desnacionalización» de la economía, en parte por el volumen de financiamiento necesario, en parte por la falta de empresariado nacional consolidado y también por la poca voluntad gubernamental para formar alianzas estratégicas”²²; esto representa un problema complejo para la asignación de valor real en la cadena extractiva, pero es útil bajo las condiciones del actual modelo de concesión minera, pretendemos enriquecer la discusión, en el sentido de que esta debilidad asignable al modelo minero, que, de acuerdo con Acosta, es un factor crítico de bienes primarios como el carbón como el factor estratégico del desarrollo, sin estar asociado a un sector específico del desarrollo como el energético.

La anterior discusión sobre la problemática del modelo minero actual en Colombia, bajo una evidencia concreta en la corrupción política y administrativa de la gestión de las regalías, dificulta un análisis racional y sin distorsiones de la efectiva distribución social del beneficio de la renta del carbón o, lo que es equivalente, bajo el mismo problema, explicar las posibles inequidades en la distribución del impacto negativo de su cadena de valor. Es decir, bajo el actual modelo minero es muy difícil tener referentes e indicadores de un desarrollo estratégico, a lo que se articulan las válidas demandas de las comunidades locales

22 ACOSTA, ALBERTO y SCHULDT, JÜRGEN. Petróleo, rentismo y subdesarrollo: ¿una maldición sin solución?, *Nueva Sociedad*, n.º 204, agosto de 2006.

sobre su participación en la riqueza carbonífera del país, pero de corto plazo y poco estructuradas a un modelo sostenible de desarrollo regional.

Es así que una de las dificultades de los enfoques metodológicos para las mediciones de distribución social del impacto positivo o negativo es que se basan en indicadores de percepción social, construyéndose en ello un círculo vicioso irresoluto de la política minera colombiana, ya que de un lado y por lo menos nominalmente el Estado pretende incidir en las condiciones sociales de desarrollo regional desde su política minera, en este caso en la región de La Guajira por medio del proyecto minero de El Cerrejón, es decir, quiso afrontar una presumible precariedad preexistente, que a su vez constituye un punto de referencia en las aspiraciones sociales de las necesidades básicas no cubiertas antes por el Estado. Es de esperarse que las expectativas de las comunidades se sitúen entre tres factores: i) su relación con el Estado antes del proyecto minero, ii) la percepción de la riqueza de la mina y iii) la percepción del impacto negativo de esta.

Observando específicamente la relación empresa/Estado, la dificultad para la asignación de valor social a las fases del ciclo minero bajo un modelo débil como el de regalías queda sujeta a considerar el valor del recurso minero como directamente proporcional al factor de riesgo de cooptación y corrupción en la política de distribución social, de ese margen de utilidad social. Una indagación en términos de ese riesgo permitiría identificar técnicamente en dónde se configura la asignación de valor real del activo minero a lo largo de la cadena de valor. Puesto que es esta asignación de valor al recurso minero representa una operación compleja y de múltiples variables como son, la propia naturaleza heterogénea de los factores geológicos, las condiciones económicas y políticas de asignación de precios en los mercados, las posibilidades tecnológicas empresariales y los mecanismos de tasa interna de retorno de los capitales de exploración y explotación minera. Así como las normas jurídicas de los mecanismos para su apropiación en la legislación colombiana. Para el alcance de este documento se plantean analizar uno de estos componentes de la configuración del activo minero, el relacionado con las formas de conocimiento y la cuantificación del geopotencial y su relación con el marco jurídico colombiano. Estas condiciones deben confluir integralmente y no basta una solución parcial (incluso satisfactoria) de cada una de ellas de manera independiente, sino que es necesario un indicador de la relación minería beneficio social, el cual no existe actualmente. Sin embargo, es posible analizar los factores de riesgo de corrupción y cooptación inherentes a cada uno de estos factores, pero solo como unidades del diagnóstico, mas no de la solución estructural.

6. VALORACIONES SOCIOAMBIENTALES EN LA MINERÍA DEL CARBÓN COLOMBIANA

Según datos de la ANM, en 2016 las reservas probadas de carbón en Colombia eran de 4.881 millones de toneladas, las mayores de América Latina (48,3 %) y el 0,6 % de las reservas probadas mundiales. Incluyendo recursos el valor aumenta a 16.569 millones de toneladas, que según cálculos de esta misma agencia estatal permitirían continuar la extracción a los volúmenes actuales por 183 años²³. Esto nos lleva a un interrogante sobre el futuro de la minería de carbón, pues la tendencia de la política energético-ambiental global apunta a la reducción del uso de combustibles fósiles, con una reducción importante hacia según los preceptos del acuerdo de París (no vinculantes por ahora) y los esfuerzos por incrementar las energías no convencionales como la fusión nuclear, la eólica, la fotovoltaica, aunque bajo un escenario de incremento de la demanda energética mundial. Así mismo, la generación de un mercado suramericano del carbón en donde Colombia podría ser un importante abastecedor no logra consolidarse como tal, no se observan políticas de integración energética que reconozcan las posibilidades del carbón colombiano. Ahora, la anterior certeza de la existencia de unas determinadas reservas requiere de la determinación de su factibilidad económica de extracción y comercialización en la economía de mercado, siendo proceso la visión de un diseño de las operaciones mineras acorde con las realidades socio-ecosistémicas de las regiones carboníferas, ya que es allí donde residen las mayores implicaciones de la cadena de valor y los impactos sociales y ambientales. La extracción de un depósito de carbón genera de inevitablemente una transformación, alteración, afectación o impacto del medio socioambiental en donde tiene lugar, sin embargo la gestión de dicho impacto, constituye un factor básico de su viabilidad ambiental, cuyo manejo debe ser asumido mediante un plan de manejo ambiental (PMA) según las normas colombianas; sin embargo, proyectos anteriores a las actuales normas minero-ambientales son gestionados según las normas vigentes en ese momento; la norma define límites “aceptables” del impacto o la contaminación, como es el caso de las normas de calidad de aire que definen un valor permisible de gases y partículas en el aire en el que teóricamente no se afectaría la salud

23 Agencia Nacional de Minería. *Carbón*, 2016; https://www.anm.gov.co/sites/default/files/ficha_carbon_es.pdf (consultado enero 25 de 2019).

de las personas o de los ecosistemas. Sin embargo, estos límites no son estáticos, sino que varían históricamente, con una tendencia mundial a que cada vez sean más estrictos, generando parámetros internacionales como los dictados por la Organización Mundial de la Salud. Siempre será posible hacer cada vez más elevada la norma, lo cual tiene implicaciones sociales y económicas.

Lo anterior significa que reservas mineras probadas de carbón, puedan dejar de serlo al elevarse los parámetros ambientales de la evaluación de su viabilidad, o por el camino de la viabilidad financiera, cuando los costos del manejo ambiental, sumados a los costos operativos, hasta hacerlos mayores que las utilidades proyectadas a unos determinados precios del carbón en los mercados. Con esto se quiere concluir que la gestión ambiental de los proyectos de gran minería de carbón no puede verse de manera independiente en lo ambiental y lo financiero, en lo que se considere una política pública minera, y los estándares ambientales deben hacer parte de la evaluación estratégica de dichas políticas. Como se mencionó, la disponibilidad de tecnologías para la captura de CO₂ en la generación carboeléctrica tendría que hacer parte de un modelo energético.

Ahora, en un modelo netamente rentista y extractivo, la definición de renta minera está asociada a las contraprestaciones económicas (regalías) que las empresas mineras deben pagar al Estado colombiano en tanto que dueño de los recursos del subsuelo. Estas tienen una tasación compleja e incluso algo arbitraria, como veremos. Jugando en la misma lógica de los costos ambientales que expusimos antes, las regalías han sido consideradas como un costo operativo en la norma nacional (Código de Comercio y Ley 685 de 2001), lo cual permite considerarlas antes de la liquidación de utilidades; sin embargo, la discusión sobre los mayores beneficios para el Estado y por lo tanto para la sociedad, con lo que estamos de acuerdo, se ha venido tramitando desde la técnica financiera; lo que aquí planteamos es la necesidad de una concepción estratégica y una capacidad de agencia del Estado, para obtener el mejor provecho social de la cadena de valor minera, es decir una contraprestación económica alta o baja tiene que ser función de un plan estratégico de desarrollo, y no una mera variable de optimización de renta extractiva. En el caso del carbón y bajo el actual modelo extractivo exportador, la tasa máxima es del 15 %, aplicada al volumen de producción en boca de mina. La participación estatal en los beneficios de la mina (*government take*) como un porcentaje del valor de la producción retrocalculado en boca de mina a precios internacionales, con un complejo ejercicio descontando al valor a precios internacionales

los costos de transporte, lo que resultan bastante complejo a la hora de evaluar la transparencia de las transacciones implicadas. Pero tal vez lo más importante sería el hecho del involucramiento de la infraestructura y costos asociados del transporte a la hora de calcular la participación del Estado colombiano en esta renta, lo que revela de nuevo que la infraestructura de transporte y embarque hace parte del modelo estratégico en el cual una política minera con variables estratégicas y territoriales tendría que incidir. Pero regresando a la contraprestación económica, aun con las precariedades para reforzar el máximo interés del Estado en su liquidación, la redistribución de estos valores es intermediada por la clase política y burocrática, en detrimento de materializarse un beneficio social concreto.

Como ya se ha dicho, en el caso de El Cerrejón la concepción del modelo minero que se dio en 1978 incluyó una robusta arquitectura institucional, en la cual el Estado colombiano era socio del proyecto, no solo participaba de las regalías, sino que participaba de las utilidades de la Empresa (aunque también terminó participando de las pérdidas), y tenía control sobre su junta directiva en la toma de decisiones del proyecto; a la vez que se conformó un ente territorial con funciones de generar un desarrollo territorial en el departamento de La Guajira, se reconocieron derechos territoriales a las comunidades indígenas wayuu con los resguardos de la Alta y Media Guajira. El proyecto incluía un ferrocarril y un puerto de embarque; ¿las preguntas de porque solamente a solo 15 años de su comienzo el esquema fue desmontado? Tendría una respuesta con múltiples factores de complejidad que no es del alcance de esta investigación su análisis. La burocratización de Carbocol como agente estatal, la rigidez de una empresa estatal para ajustarse a las necesidades de cambio operativos y especialmente de variación de los precios internacionales del carbón, la corrupción e ineficacia para lograr los objetivos del Plan Maestro de Desarrollo de la Guajira, la no consideración de un conflicto social histórico preexistente que se re-materializa en la percepción del impacto ambiental real, y la instauración de la nueva constitución política de 1991 que reconoce derechos colectivos y territoriales a las comunidades indígenas y negras del área de influencia del proyecto. En este esquema se había pretendido una configuración para la distribución de los beneficios financieros de la minería, sin embargo, este fue desmontado con la venta la parte estatal y asumir el concesionario minero (la empresa privada) varias de las responsabilidades estatales del modelo de desarrollo, quedando como un actor directo en el conflicto social.

7. EL MODELO ULTRANEOLIBERAL

Finalmente, en nuestro análisis de la gran minería del carbón en Colombia podríamos hablar de una fase última de la política minera neoliberal, que hemos denominado ultra neoliberal, para diferenciarla de la segunda etapa después de la privatización de El Cerrejón Zona Norte. Es que, a diferencia del anterior modelo, para el caso del centro del departamento del Cesar la planeación minera fue otra. Se inició con pequeñas y medianas explotaciones de minería subterránea sobre afloramientos de mantos de carbón sobre la serranía del Perijá por parte de mineros locales, y se fue expandiendo gradualmente hasta la llegada de empresas multinacionales como la Drummond inicialmente con la mina de La Loma (Ministerio de Minas, 1985) y posteriormente El Descanso (Ministerio de Minas, 1995). Prodeco-Glencore y Murray Energy Corporation, entre otras, conforman un complejo minero de grandes proporciones. La planeación minera de este modelo no contó con participación estatal, pues correspondió a un modelo privado, en gran parte desarrollado bajo dinámicas del conflicto armado colombiano. Las elites terratenientes de la región habían sido desplazadas del territorio en donde había un potencial carbonífero importante, lo cual hizo que tuvieran una visión de cambio de sus actividades productivas tradicionales como la ganadería, el cultivo de algodón y palma de aceite, principalmente, lo que ocasionó el abandono de tierras y una recomposición de las bases trabajadoras y cambió las relaciones sociales entre terratenientes y campesinos; se configuró así una lógica dominada por el conflicto armado entre grupos armados ilegales y las fuerzas estatales. En este contexto las condicionantes sociales y políticas del modelo minero se limitaron a la oportunidad que vieron los terratenientes y medianos propietarios de vender sus tierras a las empresas mineras como una opción de recuperar sus inversiones, y así mismo algunos poblados fueron relocalizados y otros aún se encuentran en negociaciones dentro de este proceso. En este caso el modelo de transporte se dio a partir de la utilización del ferrocarril Fenoco, desde la estación de Chiriguaná hasta Santa Marta, con un impacto fuerte en esta ciudad turística, pero además gran parte del carbón por parte de empresas medianas fue transportada con camiones, y con una improvisación en los puertos de embarque de Santa Marta.

En este caso la incidencia estatal directa sobre el modelo y el impacto ambiental tiene relación con el valor del régimen de contraprestaciones económicas de regalías, puesto que esto expresado como un bajo (relativo) valor tiene el efecto de disminuir los costos de extracción y permitiendo viabilizar

muchas de las cantidades de carbón que pueden ser extraídas, así como asumir las deficiencias en la infraestructura de transporte y puertos de embarque. Igualmente, las inversiones sociales tienen efecto en los costos operativos con los mismos efectos sobre las reservas de carbón.

Pero lo anterior hace competitivo el carbón en una economía internacionalizada en donde puede encontrarse un abastecimiento de carbón a menor costo en otros puertos, principalmente de Australia o EE. UU. Esto sucedió precisamente con las minas colombianas en donde se determinaron reservas mineras probadas pero que fueron competitivas en el mercado internacional bajo unas determinadas condiciones sociales, políticas, de infraestructura y ambientales, sin desconocer factores de la geología económica de los yacimientos como su localización a poca profundidad, el grueso y la continuidad de las capas de carbón, su buena calidad térmica, el bajo contenido relativo de contaminantes, y su relativa corta distancia al puerto de embarque; esto permitió que fueran declaradas reservas mineras viables. Sin embargo, este traslado geopolítico de la localización de las minas no debe mirarse como un mero cálculo tecnológico y financiero, sino que tiene efectos sociales y ambientales tanto en geopolítica energética como en la región del departamento del Cesar, y efectos globales sobre la política ambiental de la combustión del carbón. En este último escenario neoliberal el factor de la producción minera no es controlado por el Estado sino por los precios del modelo de mercado, lo que a su vez tiene implicaciones en las contraprestaciones económicas que percibe el Estado; básicamente los precios altos pueden incentivar una mayor tasa de extracción de una determinada concesión minera.

8. ORDENAMIENTO TERRITORIAL: VALOR MINERO FRENTE A OTROS USOS DEL TERRITORIO

A manera de conclusión, una componente transversal a los tres modelos analizados de la gran minería de carbón en Colombia tiene relación con una limitada discusión racional, que no ha permitido que la sociedad se pueda dotar de instrumentos útiles para tomar decisiones sobre la conveniencia o no del desarrollo de determinados modelos de actividad minera como el carbonífero, dejando claro que no se trata de un solo modelo de características idénticas, sino que debe ser analizado en función de sus particularidades frente al desarrollo y ordenamiento territorial. En esto la academia debe tener un rol preponderante: la construcción de esta discusión y el aporte de instrumentos técnicos y jurídicos para la interpretación y evaluación del modelo carbonífero

como componente importante del ordenamiento territorial. Sin embargo, actualmente es muy limitado el acervo teórico orientado hacia este problema en el ordenamiento territorial, que además requiere de una combinación de diferentes disciplinas que configuren un cuerpo teórico transdisciplinario que soporte el análisis del problema planteado. Pero para ello es necesario, inicialmente, que el ordenamiento territorial sea entendido como algo más allá de un mero instrumento administrativo que adopta un ente territorial como marco regulatorio de usos del suelo; es decir, entendiendo el fenómeno como la problematización de las prácticas sociales que ordenan el espacio y construyen territorios incluso superponiéndose varias concepciones territoriales en un mismo espacio, muchas veces en tensión, incluyendo los recursos energéticos como el carbón. Este concepto es ampliado para ver la práctica minera como elemento ordenador del territorio, y no como una mera tensión que se gestione haciendo transacciones para permitir su viabilidad. En este sentido, las particularidades de la extracción minera deben entrar en diálogo con otras lógicas del territorio, como son actividades temporales limitadas a recursos finitos no renovables, que en su inicio transforman espacios y territorios preexistentes y dejan condicionantes socioambientales establecidos para nuevos usos del suelo después del cierre minero, en dinámicas muchas veces conflictivas, que aquí trataremos como procesos de ordenamiento y reordenamiento territoriales.

En este mismo sentido, es útil para este análisis el reconocimiento de la componente fáctica y no formal del “reordenamiento” territorial que genera la gran minería del carbón en los lugares en donde se establece como los impactos socioeconómicos y ambientales que desencadenan con reajustes territoriales muchas veces no reconocidos en la planeación minera ni prevenidos en la planeación territorial; por ejemplo, aumento de la urbanización por llegada de nueva población, cambio de prácticas agropecuarias por migración al empleo minero, entre otras, que constituyen transformaciones importantes en las infraestructuras sociales. En este sentido, el conocimiento del subsuelo se vuelve un elemento de ordenamiento y en la toma de decisiones, como elementos potenciales de ordenamiento territorial del subsuelo, que actualmente existen en la legislación colombiana, pero que son desconocidas o negadas como normas de ordenamiento territorial o como caracterización del subsuelo en general.

Sin embargo, la tesis principal de este artículo es la de que el anterior problema no representa una situación homogénea que pueda ser tratada de manera unívoca por el marco normativo ni por los instrumentos de planeación, sino en correspondencia con los casos concretos analizados de La Guajira y el Cesar.

BIBLIOGRAFÍA

- Congreso de la República de Colombia. Decreto 2655: Código de Minas. *Diario Oficial*, 23 de diciembre de 1988.
- Congreso de la República de Colombia. Decreto 2656. *Diario Oficial*, 23 de diciembre de 1988.
- Congreso de la República. Decreto 0710. *Diario Oficial*, 30 de marzo de 1990.
- Congreso de la República. Decreto 1376. *Diario Oficial*, 29 de junio de 1990.
- Congreso de la República. Decreto 2119. *Diario Oficial*, 29 de diciembre de 1992.
- Congreso de la República. Decreto 2657. *Diario Oficial*, 23 de diciembre de 1988.
- Congreso de la República. Ley 685 de 2001 - Código de Minas. *Diario Oficial*, agosto de 2001.
- CORREA, JUAN. El Ferrocarril de Bolívar y la consolidación del puerto de Barranquilla (1865-1941), *Revista de Economía Institucional*, vol. 14, n.º 26, enero-junio de 2012. Disponible en <<https://www.economiainstitutional.com/pdf/No26/jcorrea.pdf>>
- CORREA, JUAN. Ferrocarriles y soberanía: el Ferrocarril de Panamá, 1850-1903, *América Latina en la Historia Económica*, vol. 22, n.º 2, mayo-agosto 2014. Disponible en <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-22532015000200002>
- Departamento Nacional de Planeación. *Documento Conpes 2898*, Bogotá, 15 de enero de 1997.
- Departamento Nacional de Planeación. *Plan Nacional de Desarrollo 1986-1990*, Bogotá, agosto de 1987.
- DUARTE, CARLOS. *Gobernabilidad minera: cronologías legislativas del subsuelo en Colombia*, Centro de Pensamiento Raizal, 2012.
- GAITÁN, LAURA, MARTÍNEZ, MARIO, PÉREZ, PAULO y VELÁSQUEZ, FABIO. La regulación del sector y el papel del Estado. En: GAITÁN, LAURA, MARTÍNEZ, MARIO, PÉREZ, PAULO y VELÁSQUEZ, FABIO (eds.), *El Sector extractivo en Colombia 2011-2012*, Bogotá, Foro Nacional por Colombia y Revenue Watch Institute, 2011.
- Instituto de Ingenieros de Minas de Chile. *Código para la certificación de prospectos de exploración, recursos y reservas mineras*, Ministerio de Minería, 2003.

- MÁRQUEZ ESTRADA, JOSÉ. Modernización sobre rieles. El Ferrocarril de Barranquilla y el Tranvía Eléctrico de Medellín. Dos obras de gran impacto en el proceso de construcción de ciudad: 1870-1955, *Memorias*, n.º 15, 2011. Disponible en <<http://cientificas.uninorte.edu.co/index.php/memorias/article/viewArticle/2769/4891>>
- MAYA, MARIO, BUENAVENTURA, JOAQUÍN y SALINAS, ROSALBA. *Estado del conocimiento de la exploración de esmeraldas en Colombia*, Bogotá, Ingeominas, 2004.
- Ministerio de Minas y Energía. *Cálculo del indicador económico government take para el sector minero en Colombia*, 2011.
- Ministerio de Minas y Energía. *Memorias al Congreso de la República 2003-2004*. Recuperado el 11 de septiembre de 2013 de <http://www.minminas.gov.co/minminas/downloads/UserFiles/File/memorias_2003_2004.pdf>
- Ministerio de Minas y Energía. *Sistema de clasificación – recursos y reservas*, Ecocarbón, 1995.
- MORA TOSCANO, OLIVER. Las teorías del desarrollo económico: algunos postulados y enseñanzas, *Revista Apuntes del Cenes*, vol. XXV, n.º 42, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, 2006. Disponible en <http://virtual.uptc.edu.co/drupal/files/rac_25.pdf>
- MORALES, JULIO. *Políticas mineras en Colombia*, Bogotá, Digiprint, 2012.
- NEGRETE MONTES, RODRIGO. Derechos, minería y conflictos. En: GARAY SALAMANCA, LUIS (coord.), *Minería en Colombia. Fundamentos para superar el modelo extractivista*, Contraloría, 2013.
- PARDO BECERRA, LUIS ÁLVARO. Propuesta para recuperar la gobernanza del sector minero colombiano. En: GARAY SALAMANCA, LUIS (coord.), *Minería en Colombia. Fundamentos para superar el modelo extractivista*, Contraloría, 2013.
- PARDO, ÁLVARO. La corrupción y la politiquería acabaron Ingeominas, *Razón Pública*, 2011. Disponible en <<http://www.razonpublica.com/index.php/econom-y-sociedad-temas-29/2101-la-corrupcion-y-la-politiqueria-acabaron-con-ingeominas.html>>
- ROA-ROJAS, LUDDY. El lavado de activos en la economía formal colombiana: aproximaciones sobre el impacto en el PIB departamental, *Revista Criminalidad*, vol. 53, n.º 1, 2011.
- UPRIMNY, RODRIGO y RODRÍGUEZ, CÉSAR. Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho, *Debates de Coyuntura Económica*, Dejusticia, 2005.

VARGAS, ELKIN y POSADA, LUIS. Desarrollo económico sostenible, relaciones económicas internacionales y recursos minero-energéticos en Colombia, tesis de magíster en Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas, 1997.

VELÁSQUEZ, FABIO y GONZÁLEZ, ESPERANZA. *¿Qué ha pasado con la participación ciudadana en Colombia?*, Fundación Corona, 2003. Disponible en <http://www.dhl.hegoa.edu.es/ficheros/0000/0120/participacion_ciudadana_en_colombia.pddf>

FELIPE CALDERÓN-VALENCIA*

MANUELA ESCOBAR-SIERRA**

CAPÍTULO 9

*Derechos Humanos y empresa: caso de derechos
afectados por productos “detox”*

RESUMEN

El objetivo general del presente texto es analizar los productos “detox” en el marco de la defensa de los derechos del consumidor y las limitaciones a la libertad empresarial. Este análisis se propone en varias etapas. Primero, el estudio técnico de los productos “detox”; segundo, el estudio del dispositivo de protección del mercado; y, tercero, un estudio de caso. Finalmente, se concluye que en Colombia se debe regular la publicidad de los productos con propiedades desintoxicantes por representar un riesgo latente a la salud pública y la amenaza concreta al mercado y sus agentes.

Palabras clave: Derechos Humanos y empresa, productos “détox”, publicidad engañosa, competencia desleal.

BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: CASE OF RIGHTS AFFECTED BY “DETOX” PRODUCTS

ABSTRACT

This paper aims to analyze the “detox” products in a business law perspective of consumer protection. This analysis has several stages: a technical study of the “detox” products go first; the second is a study on the legal market protection mechanism; and, the third part is a case study; to finally conclude that, in Colombia, advertising of products with detoxifying properties must have a very strict regulation because of a risk to public health and a threat to the market and its agents.

Key words: Business and Human Rights, “detox” products, false advertisement, unfair competition.

* Docente-investigador de la Universidad de Medellín. Doctor en Derecho de la Universidad Panthéon-Assas (París II). Magíster en Derecho Constitucional Comparado de la Universidad Panthéon-Assas (París II). Magíster en Historia del Derecho de la Universidad Panthéon-Assas (París II). Co-coordinador de la línea de Sostenibilidad, Justicia Económica, Derechos Humanos y Empresa (SJEDHE) de la Clínica Jurídica de Interés Público de la Universidad de Medellín; copresidente de la sección de Justicia Transicional de la Association de Juristes franco-colombiens (AJFC). <<http://orcid.org/0000-0001-7384-7470>>. Correo: <felipecalderonvalencia@gmail.com>

** Docente-investigadora de la Universidad de Medellín. Doctora en Ingeniería, Industria y Organizaciones de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Ingeniería Administrativa de la Universidad Nacional de Colombia. Co-coordinadora de la línea de Sostenibilidad, Justicia Económica, Derechos Humanos y Empresa (SJEDHE) de la Clínica Jurídica de Interés Público de la Universidad de Medellín. <<http://orcid.org/0000-0003-1865-6238>>. Correo: <manuelaescobar@gmail.com>

INTRODUCCIÓN

El objetivo general del presente texto es analizar el caso de los llamados productos desintoxicantes, que responden al nombre comercial de “detox”. Este es un ejemplo de la defensa de los derechos del consumidor y la limitación de los derechos humanos a la actividad empresarial.

El enfoque de la investigación es cualitativo y la metodología es mixta, pues toma elementos del análisis documental y del estudio de caso, el cual se adelanta con la línea de Sostenibilidad, Justicia Económica, Derechos Humanos y Empresa de la Clínica Jurídica (SJEDHE) de Interés Público de la Universidad de Medellín¹.

Las fuentes tratadas son documentos generados a partir de una queja ante la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) y cuestiones transmitidas por esta al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamento (Invima). Estas fuentes adquiridas acumuladas con la experiencia de la Clínica SJEDHE² son analizadas con los conocimientos teóricos tomados de la jurisprudencia y la doctrina.

Antes de comenzar, hay que hacer algunas anotaciones de contexto. La construcción conceptual del término Derechos Humanos y Empresa (DHE) está formada a partir de la importancia que ha ganado el movimiento Business and Human Rights Law³, el cual tiene ecos en el Grupo de Trabajo de la Naciones Unidas sobre Empresa y Derechos Humanos⁴, que además resulta ser una nueva tendencia entre los abogados litigantes⁵. Luego de la aparición

- 1 RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR. *Investigación anfibia: la investigación-acción en un mundo multimedia*, vol. 2, Bogotá, DeJusticia, 2015.
- 2 Esta es la línea de Sostenibilidad, Justicia Económica, Derechos Humanos y Empresa de la Clínica Jurídica de la Universidad de Medellín, que funciona en Medellín, departamento de Antioquia.
- 3 CANTÚ-RIVERA, HUMBERTO. National Action Plans on Business and Human Rights: Progress or Mirage?, *Business and Human Rights Journal*, vol. 3, n.º 2, 2019, pp. 1-25. Disponible en <<https://www.cambridge.org/core/journals/business-and-human-rights-journal/article/national-action-plans-on-business-and-human-rights-progress-or-mirage/4EC3C14499353D1CEE3E5A96458F6363#findtn-information>>
- 4 United Nations. Trade promotion and human rights: How States should use economic diplomacy to incentivize business respect for human rights. Ginebra, 2018. Disponible en <<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/ExecutiveSummaryReportEconomicDiplomacy.pdf>>.
- 5 IWEINS, DELPHINE. Avocats: droits de l'Homme des affaires, la nouvelle tendance. *Les Echos*. París, 12 de octubre de 2018. Disponible en <https://www.lesechos.fr/12/10/2018/lesechos.fr/0302359998310_avocats---droits-de-l-homme-des-affaires--la-nouvelle-tendance.htm>

de los Principios Ruggie⁶, el enfoque ético de la actividad empresarial es ahora el rasero de la actividad de la empresa en las economías de libre mercado reguladas por un Estado de derecho. Es por esto que las discusiones sobre el valor agregado de la actividad comercial están ligadas al consumo responsable de bienes y servicios⁷; el consumidor pasó de ser un “autómata” a un sujeto racional que reclama el respeto a sus derechos, haciéndose más exigente y produciendo, en consecuencia, un mercado cada vez más competitivo. Aunado a lo anterior, está el marco jurídico de la responsabilidad de la empresa o también llamada responsabilidad social corporativa (RSC) y más precisamente responsabilidad social empresarial (RSE)⁸.

En el contexto global, esta discusión está dada por el choque frontal entre dos maneras de entender el concepto de RSE: *mandatory or voluntary*⁹. La primera es obligatoria –y también aquella cuya vigencia puede alegarse de toda autoridad¹⁰– y la segunda queda a merced de la liberalidad de la empresa¹¹. Pese a que ambas son opciones, la RSE es obligatoria. Tal es el modelo que se aplica en países como Estados Unidos de América y la Unión Europea, que se ha impuesto también en América Latina¹²; sin negar, no obstante, que algunos bloques económicos como China no siguen estos patrones¹³.

-
- 6 VAN CALSTER, GEERT. The Role of Private International Law in Corporate Social Responsibility. *Erasmus Law Review*, n.º 3, 2014, pp. 125-133. DOI: 10.5553/ELR.000027. Disponible en <http://www.erasmuslawreview.nl/tijdschrift/ELR/2014/3/ELR_2210-2671_2014_007_003_003>
- 7 PORTER, MICHAEL y KRAMER, MARK. La creación de valor compartido: cómo reinventar el capitalismo y liberar una oleada de innovación y crecimiento, *Harvard Business Review* (edición América Latina), vol. 89, n.º 1, 2011, pp. 31-49.
- 8 LÓPEZ-FRANCOS DE BUSTURIA, ANDREA. *Derechos humanos, empresas transnacionales y responsabilidad social empresarial*, vol. 1, Madrid, Fundación Berg Oceana Aufklärung, 2015.
- 9 COCHRAN, PHILLIP. The evolution of corporate social responsibility, *Business Horizons*, vol. 50, n.º 6, 2007, pp. 449-454.
- 10 OCDE. *Estudio de la OCDE sobre integridad en Colombia: invirtiendo en integridad pública para afianzar la paz y el desarrollo*, París, Éditions OCDE, 2017. Disponible en <https://read.oecd-ilibrary.org/governance/estudio-de-la-ocde-sobre-integridad-en-colombia_9789264278646-es#page4>
- 11 BRENKERT, GEORGE. Business Ethics and Human Rights: An Overview, *Business and Human Rights Journal*, vol. 1, n.º 2, 2016, pp. 277-306. DOI: <<https://doi.org/10.1017/bhj.2016.1>>. Disponible en <<https://www.cambridge.org/core/journals/business-and-human-rights-journal/article/business-ethics-and-human-rights-an-overview/4E12322863D6BA2B17871B03EDA9BBB9>>
- 12 DURAND, FRANCISCO. Empresarios y sociedad civil en América Latina: reflexiones sobre una cambiante relación. En: ALONSO, JOSÉ (ed.), *La empresa en tiempos de cambio: la RSC y los negocios inclusivos*, Madrid, Siglo XXI, 2012, pp. 105-142.
- 13 LÓPEZ-FRANCOS DE BUSTURIA, ANDREA. Ob. cit.

El primer modelo de RSE goza de una popularidad que va en aumento en una sociedad donde el consumidor tiene acceso cada vez más directo y simplificado a la información¹⁴⁻¹⁵. Esto le permite gastar su dinero en productos con los que se identifique, muchas veces generando un vínculo afectivo¹⁶. Esta idea tan simple es el pilar de una filosofía del consumo, de tipo antropocéntrica y racional, en la cual no solamente quien gasta su dinero —i. e., la recompensa a sus horas de fuerza de trabajo— es protegido, sino también la empresa —y con ella el empresario— que puede ver vulnerados sus derechos al estar en un mercado anárquico o donde la regulación estatal carece de firmeza¹⁷.

En Colombia, dicha filosofía puede percibirse inclusive antes del entusiasmo causado por la entrada en la OCDE¹⁸ —transformaciones que conlleva adherir a esta organización¹⁹—. Ya en la Constitución Política de Colombia de 1991, muchos son los dispositivos²⁰. Primero, la Corte Constitucional ha venido apoyando la idea de una constitución económica que se proyecta a partir de ciertas disposiciones²¹, y con esta interpretación legítima de la norma fundamental, algunas estructuras, funciones y derechos contenidos en esta toman

- 14 RESTREPO SALAZAR, JUAN. Apuntes sobre la Responsabilidad Social Empresarial, *Revista de Derecho Privado*, vol. 40, 2008, pp. 2-10. Disponible en <[%0A](http://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.%0Aphp?numero=40&tipos=Ensayos)>
- 15 Recuérdese, igualmente, el reciente aporte a los derechos de acceso a la información que está tratando de hacerse por la comunidad de América Latina y el Caribe con el Acuerdo de Escazú (Cepal, 2018), que pese a su relevancia no ha recibido la firma del actual Gobierno colombiano, tal vez por temor a una construcción democrática del derecho ambiental (Castro Buitrago y Calderón-Valencia, 2018).
- 16 SUDJIC, DEYAN. *The Language of Things. Understanding the World of Desirable Objects*, 1, Nueva York, WW Norton & Company, 2009.
- 17 ALVIAR GARCÍA, HELENA y LAMPREA, EVERALDO (eds.). *El estado regulador en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2016.
- 18 OCDE. *Estudio de la OCDE sobre integridad en Colombia: invirtiendo en integridad pública para afianzar la paz y el desarrollo*, cit.
- 19 SHAVIN, CATIE. Unlocking the Potential of the New OECD Due Diligence Guidance on Responsible Business Conduct, *Business and Human Rights Journal*, vol. 3, n.º 2, 2019, pp. 1-7. DOI: doi :10.1017/bhj.2018.28. Disponible en <<https://www.cambridge.org/core/journals/business-and-human-rights-journal/article/unlocking-the-potential-of-the-new-oecd-due-diligence-guidance-on-responsible-business-conduct/6f8067802b30861fafoe36388eb6313b>>
- 20 El concepto de dispositivo constitucional (Calderon Valencia, 2016, p. 15) hace referencia al “dispositivo” de la filosofía de Michel Foucault (Agamben, 2007), aunque emparentándolo con instituciones del derecho constitucional que desarrollan alguna funciones de control, por ejemplo.
- 21 GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO y CEBALLOS BEDOYA, MARÍA (eds.). *Democracia, Justicia y So-*

sentido. Segundo, el régimen de Hacienda Pública consagrado en el Título XII de la Constitución establece un equilibrio entre la libertad económica y la intervención estatal.

De manera muy básica, por una parte, está la obligación a cargo del Estado de impedir el abuso de la posición dominante²² y regular el mercado, sancionando todo abuso; y, por otra parte, está la intervención estatal racionalizada para la realización de sus fines sociales²³ y la responsabilidad ambiental. Estas funciones económicas del Estado están concentradas, respectivamente, en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política de 1991. Súmese a lo anterior la protección del mercado con una obligación constitucional a cargo del legislador, que consiste en controlar la “calidad de bienes y servicios” que se ofrecen al público (“la comunidad”). Además, esta protección está acompañada de una (i) libertad de información, que es, igualmente, una obligación de informar por parte de los productores y/o comercializadores de los bienes y servicios²⁴. Junto con dicha libertad, está (ii) su responsabilidad cuando se atente contra tres bienes: la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento. Es conatural a las libertades y obligaciones la (iii) participación, tanto de usuarios individuales como de las organizaciones representativas de consumidores, en la creación de disposiciones de su interés.

Existe entonces un marco constitucional para el consumo de bienes y servicios en Colombia. No solo el constituyente primario sino también el legislador han puesto de su parte para proteger el consumidor como sujeto y el consumo como práctica, así como el mercado *topos* de la actividad económica. La Ley 1480 de 2011 trae entonces una serie de derechos y obligaciones, que complementan el orden jurídico del derecho privado, posibilitando la protección judicial²⁵. El consumo responsable es, entonces, una realidad jurídica y política²⁶; ahora es tiempo de tomarla en serio como una realidad más social, personal.

ciudad: diez años de investigación, DeJusticia, Bogotá, Antropos y DeJusticia, 2016. Disponible en <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_899.pdf>.

22 Sobre el término “posición dominante”, el Decreto 2153 de 1992 estableció en el numeral 3.º del artículo 45 la definición siguiente: “Posición dominante: la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”.

23 Artículo 365 de la Constitución Política.

24 Artículos 78 y 333 de la Constitución Política.

25 GARCÍA VILLEGAS y CEBALLOS BEDOYA, M. A. Ob. cit.

26 Cancillería de la República De Colombia. Colombia en la implementación de la Agenda 2030. Agenda Post 2015 y ODS. Disponible en <<http://www.cancilleria.gov.co/rio/linea>>

Esto solamente se puede lograr señalando casos concretos y luchando, de alguna manera, por los derechos a la transparencia en las relaciones de poder que produce el consumo. Y es por esta razón que se toma el caso de los productos “detox”, cuya característica esencial sería la de producir la desintoxicación del organismo de quien lo consume.

¿Es esto cierto? La evaluación del tópico debe ser metódica, procediendo a (1) conocer los productos “detox”, acto seguido la (2) protección profunda del consumidor y los dispositivos existentes para garantizarla y, así, llegar finalmente a una (3) discusión sobre el caso concreto y a (4) posteriores conclusiones.

I. PRODUCTOS “DETOX”, PERSPECTIVA TÉCNICA

Una definición podría estar ligada a sus efectos desintoxicantes. Los productos “detox” son bienes de consumo que prometen desintoxicar el organismo. Estos pueden ser productos de aseo, cremas o cosméticos, pero sobre todo bebidas o alimentos hechos para atender la creciente demanda de un estilo de vida *fitness*²⁷. Esta forma de hedonismo ha propiciado hábitos de consumo que están fundados sobre la duda. La premisa fundamental es el consumo responsable, pero su preocupación no va más allá del auge de los productos desintoxicantes, pues está fundada sobre lemas y publicidad, mas no en datos o estudios científicos.

Los efectos de los productos “detox” sobre la salud son indeterminados, mientras que los riesgos a los que se exponen sus consumidores son crecientes. Así ha sido confirmado por diferentes científicos. En primer lugar, médicos australianos²⁸ estudiaron las dietas de desintoxicación —que se supone facilitan la eliminación de toxinas y permiten la pérdida de peso— y evidenciaron que el crecimiento de la “desintoxicación” como industria no posee evidencia clínica suficiente para justificar este tipo de dietas. En su análisis, Klein y Kiat clasifican las dietas de desintoxicación en dos categorías. La primera se refiere a aquellas que prometen desintoxicar el hígado y eliminar contaminantes

27 CARROTTE, ELISE, VELLA, ALICE y LIM, MEGAN. Predictors of “liking” three types of health and fitness-related content on social media: A cross-sectional study, *Journal of Medical Internet Research*, vol. 17, n.º 8, 2015, p. e205.

28 KLEIN, ALICE y KIAT, HOSEN. detox diets for toxin elimination and weight management: A critical review of the evidence, *Journal of Human Nutrition and Dietetics*, vol. 28, n.º 6, 2015, pp. 675-686.

del cuerpo. La segunda está emparentada con las dietas que promocionan las propiedades naturales de ciertos productos²⁹.

En segundo lugar, médicos e investigadores farmacéuticos estadounidenses³⁰, preocupados por la popularidad de los productos naturales con efectos indeterminados, plantearon que la terminología “detox”, y similares, era engañosa. En tercer lugar, nuevamente en Australia, entidades públicas y universidades analizaron contenidos relacionados con la imagen corporal y los comportamientos saludables que eran tendencia en la web³¹ y sobresalían: los planes de dieta, el acondicionamiento físico y los mensajes que prometían la desintoxicación. En cuarto lugar, reunidos en Dinamarca, investigadores de diferentes países europeos analizan el *greenwashing*³²⁻³³; la discusión del término “detox” se enmarcó en el campo de la publicidad y el mercadeo. En quinto lugar, científicos sudafricanos³⁴, luego de reconocer la necesidad de regular ciertos suplementos nutricionales en su país, crearon una lista de los beneficios de los productos “detox” a partir de sus promesas de venta. Los resultados de este estudio fueron dos recomendaciones para los sudafricanos: desconfiar de los anuncios que afirman beneficios para la salud y desconfiar

-
- 29 Cabe aclarar que resulta más reprochable que la eficiencia de dichas dietas “detox” haya sido ensayada con dudosas metodologías; se efectuaron pruebas controladas en animales. Esto no solamente afectó a seres vivos, sino que no es sustento suficiente para sustentar un producto comercial que se precie como desintoxicante para los seres humanos. *Ibid.*
- 30 GABAY, M., SMITH, J. A., CHAVEZ, M. L., GOLDWIRE, M., WALKER, S., COON, S. A., GOSSER, R., HUME, A. L., MUSSELMAN, M., PHILLIPS, J. y ABE, A. M. White Paper on Natural Products, *Pharmacotherapy: The Journal of Human Pharmacology and Drug Therapy*, vol. 37, n.º 1, 2017, pp. e1-e15.
- 31 LEWIS, SOPHIE, THOMAS, SAMANTHA, BLOOD, WARWICK, CASTLE, DAVID, HYDE, JIM y KOMESAROFF, PAUL. ‘Im searching for solutions’: Why are obese individuals turning to the Internet for help and support with being fat?, *Health Expectations*, vol. 14, n.º 4, 2011, pp. 339-350.
- 32 ELVING, WIM, GOLOB, URSA, PODNAR, KLEMENT, ELLERUP-NIELSEN, ANNE y THOMSON, CHRISTA. The bad, the ugly and the good: new challenges for CSR communication. En: ELVING, WIM y GOLOB, URSA (eds.). *Corporate Communications: An International Journal*, vol. 20, n.º 2, 2015, pp. 118-127.
- 33 El término *greenwashing* es denominado como lavado verde de ciertas marcas. Sin embargo, se han presentado ejemplos más propositivos. Se ha planteado la palabra “detox” en campañas de Greenpeace. Se desafiaba a ciertas marcas de moda a eliminar sustancias químicas dañinas de sus procesos. CAPALDI, NICHOLAS, ZU, LIANGRONG y GUPTA, DAS (eds.). *Encyclopedia of Corporate Social Responsibility*, Berlín, Springer, 2013, pp. 1318-1323.
- 34 SCHOONEES, A., YOUNG, T. y VOLMINK, J. The advertising of nutritional supplements in South African women’s magazines: A descriptive survey, *South African Journal of Clinical Nutrition*, vol. 26, n.º 2, 2013, pp. 12-18.

del carácter seguro de los suplementos nutricionales. Al mismo tiempo, alertan sobre la necesidad de regular la publicidad de suplementos nutricionales³⁵. En sexto lugar, se cuestionaron los mensajes publicitarios de varios productos para la salud comercializados en el Reino Unido³⁶. Entre estos había algunos “detox” y, tras indagar sobre sus efectos, las empresas productoras fueron forzadas a retirar su publicidad. En séptimo lugar, en Corea³⁷, los verdaderos productos desintoxicantes son las frutas y verduras³⁸. Finalmente, en octavo lugar, tras un estudio epidemiológico de la obesidad y las dietas más populares, los estadounidenses³⁹ reconocieron la ausencia de estudios sobre los beneficios de las dietas para bajar de peso, específicamente las dietas “detox”; estas tienden a funcionar en un comienzo, por la ingesta extremadamente baja de calorías durante períodos cortos, pero a largo plazo producen al aumento de peso una vez que se reanuda una dieta normal⁴⁰. Lo expresado anteriormente es el panorama mundial del término “detox”.

En Colombia, los medios de comunicación ya han alertado sobre las dudas existentes acerca de la potencia purificadora de los productos “détox”⁴¹⁻⁴².

35 *Ibidem*.

36 ROSE, L. B., POSADZKI, P. y ERNST, E. Spurious claims for health-care products: an experimental approach to evaluating current UK legislation and its implementation, *The Medico-legal journal*, vol. 80, n.º 1, 2012, pp. 13-18.

37 MI-BO, KIM, KO, JEONG-YEON y LIM, SANGBIN. Formulation Optimization of Antioxidant-Rich Juice Powders Based on Experimental Mixture Design, *Journal of Food Processing and Preservation*, vol. 41, n.º 3, 2017, p. e12897.

38 Estos trabajan junto con órganos como el páncreas para limpiar el organismo. Adicionalmente, en otro continente, la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA). AFONSO, ANA, GARCIA MATAS, RAQUEL, GERMINI, ANDREA, MERTEN, CAROLINE y ROBINSON, TOBIN. *EFSA's activities on emerging risks in 2015*, European Food Safety Authority, 2016. Un informe reciente identificó un riesgo emergente en el uso habitual de los batidos vegetales. Se revelan 18 riesgos potenciales derivados del uso que hacen los europeos de los alimentos; por ejemplo, el número 14 está referido al exceso de ácido oxálico, derivado del consumo de los *green smoothies* o batidos verdes. REVENGA FRAUCA, JUAN. *El sinsentido de las dietas “détox”*, El comidista, *El País*, enero 2017.

39 OBERT, JONATHAN, PEARLMAN, MICHELLE, OBERT, LOUIS y CHAPIN, SARAH. Popular Weight Loss Strategies: A Review of Four Weight Loss Techniques, *Current Gastroenterology Reports*, vol. 19, n.º 12, 2017, p. 61.

40 GARRIDO, CRISTINA. Dietas «detox», una moda sin fundamento, *ABC* (en línea), abril 2014.

41 *El Espectador*. Los engañosos jugos verdes, junio 2015.

42 Se revisaron las entrevistas realizadas por Luque (2015), del diario *El País* de España, quien entrevistó a J. M. Mulet, profesor de bioquímica en la UPV y autor de *Medicina sin engaños*. Él plantea que “lo único detox que conozco es un lavado de estómago, una diálisis o una inyección de quelantes, que son los tratamientos típicos para intoxicaciones”.

En el mismo sentido, el doctor Jesús Román⁴³ afirma: “El cuerpo humano inventó hace milenios un buen sistema detox: hígado, riñones, sudor, heces, orina [...] todos los días nuestro cuerpo se va depurando sin necesidad de hacer dietas desintoxicantes, cuya eficacia sería más que dudosa”. Aunado a esto, el doctor Francisco Botella Romero dice que “no existen las dietas detox”; por el contrario, plantea “la alimentación saludable, como aquella que se asocia con una menor incidencia de problemas cardiovasculares, diabetes mellitus, obesidad, etcétera e incluye una amplia variedad de alimentos”. Y, finalmente, Julio Basulto quien, al oír afirmaciones como la siguiente: “La alimentación es una gran aliada para tratar el cáncer”, indica que estos comentarios “contradicen al mayor panel de expertos en cáncer, el Fondo Mundial para la Investigación del Cáncer, que repite una y otra vez que no hay dieta que cure esta enfermedad”.

Varios expertos fueron interrogados acerca de las bondades de los productos desintoxicantes conocidos como “detox”, y sus planteamientos sobre los beneficios son diversos. Sin embargo, coinciden en sugerir precaución por parte de los consumidores. Es por esta razón que resulta necesario continuar con los aspectos jurídicos para comprender el carácter complejo de dicho llamado a la medida.

2. LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN COMO REGLA GENERAL EN TODA RELACIÓN DE CONSUMO

Debido al aumento de la popularidad de los productos “detox”, y teniendo en cuenta el riesgo que representan, es necesario un análisis jurídico que permita construir su instrumento epistemológico para el estudio de la problemática objeto del presente texto. Dicha labor puede ejecutarse desde (2.1.) el marco de la protección, que conduce (2.2.) a la llamada publicidad comercial, aunque haciendo particular énfasis en su desviación bajo el concepto de publicidad engañosa.

2.1. EL ORDEN NORMATIVO Y LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

En Colombia, el consumidor cuenta con un dispositivo para protegerse de la publicidad comercial engañosa. Dicho dispositivo posee unas bases normativas

⁴³ Presidente de la Fundación Alimentación Saludable.

sólidas, cuya eficacia está supeditada al funcionamiento de los organismos y mecanismos. Estos últimos pueden lograrse por la vía judicial y el procedimiento administrativo, ambas ante la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC); no obstante, el presente estudio excluye la acción judicial porque esta está vedada a quien no ejerza el derecho de postulación y promueva una queja para proteger el bien común. En cualquiera de los dos casos, la Superintendencia salvaguarda la libre competencia respetando un marco constitucional⁴⁴.

El catálogo de derechos y libertades de 1991 protege la libertad de la persona en el marco de una economía individualista y de mercado, aunque con un fuerte componente social⁴⁵. El consumidor está definido por la normativa vigente⁴⁶, pero orbitando entre el principio de supremacía constitucional⁴⁷ y la libertad de configuración legislativa⁴⁸⁻⁴⁹. Si se considera esta premisa, el artículo 78 permite que este reciba una especial protección: el consumidor debe ser debidamente informado sobre la calidad de los bienes que consume; toda persona –física o jurídica– puede consumir bienes y servicios que otros ofrecen, pero bajo parámetros de lealtad, buena fe y cuidado mutuo entre las partes o actores del mercado.

Desde sus inicios la Corte Constitucional colombiana ha definido la libertad económica como la “facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio”. Esta misma libertad fue tratada por la Sentencia C-524 de 1995^[50], identificando la empresa como manifestación orgánica de la libertad económica⁵¹, pero, como ya se explicó *supra*, las liber-

44 ALVIAR GARCÍA, HELENA y LAMPREA, EVERALDO. Ob. cit.

45 GARCÍA VILLEGAS y CEBALLOS BEDOYA. Ob. cit.

46 El artículo 5.º, numeral 3.º, de la Ley 1480 del 12 de octubre de 2011 define así al consumidor: “Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario”. Incluso desde antes de la vigencia de la actual Constitución, con el artículo 1.º, numeral c, del Decreto 3466 de 1982.

47 Artículo 4 de la Constitución Política de 1991.

48 Artículo 151 de la Constitución Política de 1991.

49 MORENO BRICEÑO, DIANA. Ob. cit.

50 Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-524 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-524-95.htm>>

51 En igual sentido, puede citarse a la corte Constitucional: “Por libertad de empresa hay que

tades económicas deben respetar la estructura del libre mercado, de suerte que el ejercicio de estas primeras no puede abstraerse del núcleo duro del derecho a la libre competencia: “posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas”⁵².

Así, entonces, se presenta una paradoja funcional: las libertades económicas requieren de controles para que el mercado *funcione* adecuadamente⁵³. No hay derechos absolutos y la economía de mercado exige un marco jurídico –i. e., el Estado de derecho– que requiere de regulación⁵⁴ y de mecanismos para evitar el abuso de la posición dominante⁵⁵. En el mismo sentido, el catálogo constitucional de derechos y libertades (v. cuadro 1, *infra*) permite que toda persona lleve a buen término sus negocios⁵⁶; sin embargo, las obligaciones y la ética del lucro que impera en el mercado deben conservar la necesaria coherencia con un Estado social de derecho que tiene como fines la dignidad de la persona humana y el bienestar general⁵⁷.

entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial –la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer– y el instrumental –a través de una organización económica típica–, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral”. (V. consideración número 4.1, Sentencia C-616 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil).

52 “El escrito de intervención también afirmó que el enunciado demandado violaba el núcleo esencial de los derechos a la libre competencia y la libertad económica establecidos en el artículo 333 de la Constitución. Como punto de partida adoptó una definición dispuesta en la Sentencia C-228 de 2010, en la que se dijo que el núcleo esencial del derecho a la libre competencia económica consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas, para afirmar en sentido contrario, que cuando se erigen esas barreras (como en el presente caso) acontece la violación de tales derechos”. (V. intervención número 3, a cargo de Jaime Humberto Tobar Ordóñez, folios 76 a 82, Corte Constitucional colombiana, 2017a; v. igualmente considerando n.º 8, Sentencia C-228 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

53 JIMÉNEZ VALDERRAMA, FERNANDO. *Derecho de la competencia*, vol. 1, Bogotá, Legis, 2019.

54 PALACIOS LLERAS, ANDRÉS. El carácter “sui generis” del derecho de la competencia colombiano. En: ALVIAR GARCÍA, HELENA y LAMPREA, EVERALDO (eds.). *El Estado regulador en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2016, pp. 45-74.

55 JIMÉNEZ VALDERRAMA, FERNANDO. *Ob. cit.*

56 Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-425 de 92, M. P. Ciro Angarita Barón. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-425-92.htm>>

57 En la economía de mercado en Colombia los actores ejercen sus derechos y libertades de manera

Las libertades económicas respaldan la eficacia de los derechos del consumidor ante la posibilidad latente del abuso de la posición dominante de una empresa, agente económico *más activo* en la relación que entreteje en el mercado con el consumidor⁵⁸. El artículo 78 de la Constitución es clave para comprender que la empresa –cuya personalidad se protege en la Constitución Política⁵⁹– debe entablar relaciones fundadas en la buena fe⁶⁰ y la igualdad⁶¹ entre la empresa, sus competidores y el consumidor. La actividad económica⁶² cede frente al carácter absoluto de la dignidad humana, de tal suerte que si la propaganda comercial es una manifestación de la libertad de expresión⁶³, entonces el artículo 78 es su catalizador.

CUADRO I

Derecho o libertad	Artículo de la Constitución Política de 1991
Derecho a la Igualdad o Igualdad de derechos ante la ley	Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.
Derecho a la personalidad jurídica	Artículo 14. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.
Libertad de expresión	Artículo 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

compatible con los preceptos del Estado social de derecho del artículo 1.º de la Constitución (Corte Constitucional colombiana, 1992b).

58 KHAN, LINA. Ob. cit., pp. 564-907.

59 Artículo 14 de la Constitución Política de Colombia.

60 Artículo 83 de la Constitución Política de Colombia.

61 Artículo 13 de la Constitución Política de Colombia.

62 Artículo 26 de la Constitución Política de Colombia.

63 Artículo 2.º de la Constitución Política de Colombia.

Derecho o libertad	Artículo de la Constitución Política de 1991
Libertad de escoger profesión u oficio o actividad económica	<p>Artículo 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.</p> <p>Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.</p>
Derecho a la propiedad privada	<p>Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.</p> <p>La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.</p> <p>El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.</p>
Derechos del consumidor	<p>Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.</p> <p>Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.</p> <p>El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.</p>
El derecho al medio ambiente	<p>Artículo 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.</p> <p>Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.</p>
La buena fe	<p>Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.</p>

Así por ejemplo, si de un lado de la ecuación se pone el respeto, clásico, a la propiedad privada⁶⁴ y la libertad de oficio, del otro lado hay que poner la libertad de información, entendida como libertad de ser informado adecuadamente⁶⁵. En otras palabras, esta libertad es el derecho a no ser engañado⁶⁶, porque todo consumidor debe comprender la información concerniente a los bienes y servicios que consume. Por las razones anteriores, los bienes y servicios deben cumplir con las condiciones de ser: (i) veraces e imparciales; (ii) distinguibles, perfectamente, de opiniones sobre los productos; y (iii) comprensibles a la luz del ejercicio de una eventual rectificación.

Toda la discusión confluye, entonces, en el uso de la publicidad. Esta es una forma de autopromoción de la empresa porque busca el incremento patrimonial a través de la oferta de bienes y servicios⁶⁷. Dentro de esta lógica, el consumidor debe estar debidamente informado (v. consideración número 6.1.5., Sentencia C-543 de 2017)⁶⁸⁻⁶⁹.

64 En cierta medida, también debe modularse por medio de ontología social de la propiedad privada, y por ende de la empresa, como generadora de riqueza (v. artículo 58).

65 Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-543 de 2017, M. P. Diana Fajardo Rivera, 2017. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-543-17.htm>>

66 NARESH, S. Passing-Off, Goodwill and False Advertising: New Wine in Old Bottles. *The Cambridge Law Journal*, vol. 45, n.º 1, 1986, pp. 97-125. DOI: <<https://doi.org/10.1017/S0008197300115788>>.

67 El artículo 333 consagra la libertad económica y la libre iniciativa privada; señala a la empresa como *partícula elemental* del desarrollo económico, aunque “el Estado se reserva la facultad de intervenir en alguna situación que pueda tener interés común o que constituya una amenaza al orden social [...]”. MEDINA VERGARA, JAIRO. *Responsabilidad comercial. De las sociedades y de sus vinculados*, vol. 1, Bogotá, Temis, 2015.

68 Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-543 de 2017, M. P. Diana Fajardo Rivera. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-543-17.htm>>

69 De igual manera, vale la pena citar una parte de la decisión del supremo tribunal constitucional colombiano: “6.1.4. Conforme con lo expuesto, este Tribunal ha sintetizado que la libertad de expresión cumple las siguientes funciones en una sociedad democrática: (i) permite buscar la verdad y desarrollar el conocimiento; (ii) hace posible el principio de autogobierno; (iii) promueve la autonomía personal; (iv) previene abusos de poder; y (v) es una ‘válvula de escape’ que estimula la confrontación pacífica de las decisiones estatales o sociales que no se compartan. Sin embargo, también ha señalado que dicha libertad genera amplias dificultades jurídicas, ya que frecuentemente entra en colisión con otros derechos fundamentales de las personas y con fines o programas estatales. / 6.1.5. En relación con el artículo 20 de la Constitución Política, la Corte ha establecido que interpretada de conformidad con lo dispuesto en los tratados internacionales ratificados por Colombia, dicha disposición supone varios elementos normativos diferenciables, cada uno de los cuales toma una connotación distinta, y en consecuencia, requiere un tratamiento diferencial: (i) en primer lugar se encuentra la libertad de expresión *stricto sensu*,

2.2. ESTATUTO JURÍDICO-EPISTEMOLÓGICO DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN COLOMBIA

En un mercado competitivo se debe brindar el acceso a la información para que sus actores la aprovechen y brindar plena libertad al consumidor⁷⁰⁻⁷¹.

la cual consiste en la libertad de *expresar y difundir* el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación de fronteras y a través de cualquier medio de expresión –sea oral, escrito, impreso, artístico, simbólico, electrónico u otro de elección de quien se expresa–, y el derecho a no ser molestado por ellas; (ii) la libertad de información, con sus componentes de libertad de búsqueda y acceso a la información, libertad de informar y la libertad y derecho de recibir información veraz e imparcial sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole a través de cualquier medio de expresión; (iii) la libertad de prensa, que comprende la libertad de fundar medios masivos de comunicación y de administrarlos sin injerencias, y la libertad de funcionamiento de los mismos, con la consiguiente responsabilidad social; (iv) el derecho a la rectificación en condiciones de equidad; y (v) las prohibiciones de censura, pornografía infantil, instigación pública y directa al genocidio, propaganda de la guerra y apología del odio, la violencia y el delito.”

70 Presidencia de la República de Colombia. Decreto 3466 de 1982 (diciembre 2). Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D. C. Disponible en <<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2764>>

71 Antes de la promulgación de la Ley 1480 de 2011, ya había consenso sobre los aspectos básicos del mercado y del consumo como dinámica interna (Villalba Cuellar, 2009). En el mercado existen varios términos y varios actores que fueron definidos con solvencia por el Decreto 3466 de 1982, de la siguiente manera: “Artículo 1.º Definiciones. Para los efectos del presente decreto, entiéndese por: / a) Productor: Toda persona natural o jurídica, que elabore, procese, transforme o utilice uno o más bienes, con el propósito de obtener uno o más productos o servicios destinados al consumo público. Los importadores se reputan productores respecto de los bienes que introduzcan al mercado nacional. / b) Proveedor o expendedor: Toda persona, natural o jurídica, que distribuya u ofrezca al público en general, o a una parte del él, a cambio de un precio, uno o más bienes o servicios producidos por ella misma o por terceros, destinados a la satisfacción de una o más necesidades de ese público. / c) Consumidor: Toda persona, natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades. / d) Propaganda comercial: Todo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas y, en general, todo sistema de publicidad. / e) Idoneidad de un bien o servicio: Su aptitud para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido, así como las condiciones bajo las cuales se debe utilizar en orden a la norma y adecuada satisfacción de la necesidad o necesidades para las cuales está destinado. / f) Calidad de un bien o servicio: El conjunto total de las propiedades, ingredientes o componentes que lo constituyen, determinan distinguen o individualizan. La calidad incluye la determinación de su nivel o índice de contaminación y de los efectos conocidos que ese nivel de contaminación puede producir”.

Es por esto que el artículo 78 de la Constitución dispone que “[...] la información que debe suministrarse al público en su comercialización [...]”. El acceso, pero sobre todo la cantidad y la calidad de la información, define el sentido del consumo, y la Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor, es la manera como se desarrollan los preceptos constitucionales. De ambos marcos normativos, y según el principio jerárquico⁷², debe partir el presente análisis, identificando los elementos perturbadores y las soluciones.

El consumidor y su derecho a la información en contextos de consumo

Antes de cualquier análisis sobre la doctrina constitucional en torno a la libertad de información, debe delimitarse el contexto: derechos del consumidor. De acuerdo con la Constitución, la Ley 1480 de 2011 estableció la obligación de información así:

Artículo 23. Información mínima y responsabilidad. Los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan y, sin perjuicio de lo señalado para los productos defectuosos, serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información. En todos los casos la información mínima debe estar en castellano. [...]

Productores y proveedores deben suministrar la información necesaria, permitiendo así decisiones acertadas, pero –sobre todo– para conocer el uso y conservación de todo producto. Es por esto que la información debe cumplir con ciertas condiciones. Tal y como lo establece el precitado artículo del Estatuto del Consumidor, toda información suministrada debe ser clara, veraz y suficiente.

Primero, la información suministrada al consumidor debe ser (clara. Esta característica está relacionada con la transparencia⁷³ y la precisión. Dicho de otro modo, la información que se anuncia no puede ser ambigua o vaga, y, por lo tanto, comprensible para el consumidor. La claridad impacta positivamente en cualquier persona y no sólo a un consumidor experto. Cobran relevancia

72 CASSAGNE, JUAN CARLOS. *Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo)*, vol. 1, Reus, 2016, pp. 384–386.

73 Numeral 1.3, artículo 3, Ley 1480 de 2011.

el lenguaje y la terminología de la información contenida, por ejemplo, en un mensaje publicitario utilizado por un productor o un proveedor⁷⁴⁻⁷⁵. Tanto la forma utilizada como los medios a través del cual se suministra la información son determinantes para dar una idea sobre la calidad del producto⁷⁶.

Segundo, la información debe ser veraz y verificable, lo que significa que los aspectos puramente objetivos de los bienes o servicios ofertados –precio, componentes, volumen, peso, medida– deben estar libres de manipulación o exageración por parte del productor y/o proveedor⁷⁷. En tal sentido, hay que diferenciar dos fenómenos por lo menos. De un lado, al publicitar productos se permite exagerar en aras de gozar de una mayor atención del público. Esto permite posicionar y dar una personalidad a los bienes y servicios, influenciando en la decisión del consumidor por un asunto de seducción⁷⁸⁻⁷⁹. Del otro lado,

74 CAPALDI, NICHOLAS, ZU, LIANGRONG y GUPTA, DAS. Ob. cit.

75 Al respecto, la entrada del Diccionario de Responsabilidad Social Corporativa afirma lo siguiente sobre los aspectos claves y las inflexiones morales: “An ethics of advertising relevant for CSR policies need to pay attention to at least three different types of potential or actual moral concerns. The first type involves violating, or at least undermining, personal autonomy through misrepresentation of product’s qualities, manipulation of agents’ preferences, or infringements of reasonable norms of privacy. As a special consideration here are advertising aimed at the non-autonomous, e.g., children. The second type involves various forms of unacceptable social consequences. Two salient issues here are discriminatory advertising and advertising which harms persons, e.g., by conveying unrealistic and harmful body images. The third type involves more across-the-board criticisms of the practice of advertising as such, a type of criticism which seems hard to sustain, at least given the moral legitimacy of free market capitalism and consumerism”.

76 MONROY CELY, DANIEL. La calidad de los productos en el marco del estatuto del consumidor en Colombia: aproximación crítica desde la teoría microeconómica. En: *El derecho del consumo*, vol. 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 61-115.

77 SÁNCHEZ GARCÍA, MATEO. La obsolescencia programada en las prácticas comerciales y su relación con el régimen de vicios ocultos y garantías de consumo. En: SOTO PINEDA, JESÚS (ed.). *Aproximaciones jurídicas a la obsolescencia programada*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 169-197.

78 ROTFELD, HERBERT. Power and Limitations of Media Clearance Practices and Advertising Self-Regulation, *Journal of Public Policy & Marketing*, vol. 11, n.º 2, 1992, pp. 87-95.

79 Sobre este tema, la página web de la SIC (v. <<http://www.sic.gov.co/informacion-enganosa>>) define el perfil del consumidor racional: “Corresponde al parámetro que en la mayoría de países se emplea para evaluar la publicidad. Según este criterio, el consumidor medio o racional es la persona que interpreta la publicidad en la forma natural en la que le es transmitida, sin darle a las palabras e imágenes un alcance distinto del que naturalmente tienen, e interpretándolas en una forma superficial, sin realizar un análisis profundo o detallado, tal como lo haría una persona que no tiene un conocimiento especializado del producto o servicio anunciado. / En ese

la Ley 1480 de 2011 prohíbe que esta incorpore un mensaje ajeno a la realidad que induzca a error, engaño o confusión al consumidor⁸⁰. Además, luego de suministrarse información *real* sobre sus productos, se debe estar en capacidad de demostrar que esta es cierta y que no induce a error. Por tal motivo, existe el deber de corrección y lealtad⁸¹, la confianza debida al consumidor⁸²⁻⁸³.

Tercero, la información suministrada por los productores y proveedores debe ser suficiente, oportuna e idónea. Cada término obedece, entonces a una misma lógica. Afirmar que la información debe ser “suficiente” es afirmar que el productor y/o proveedor deben suministrar todos los datos que el consumidor requiera para tomar una decisión racional y bien fundada⁸⁴⁻⁸⁵.

sentido, para evaluar si la publicidad es engañosa debemos remitirnos a la interpretación que un consumidor medio realizaría, pues es aquella que busca entender el contenido y las afirmaciones en forma natural y obvia, tal como la mayoría del público a la que se dirige la publicidad lo haría. Por el contrario, una interpretación absurda, irracional o descabellada que realice una persona no será aquella a tener en cuenta, pues no representa el entendimiento general que los consumidores le dan a los anuncios”.

- 80 Esta es una clara aplicación del principio de buena fe, incorporado a la Constitución en el artículo 83.
- 81 NEME VILLARREAL, MARTHA. El principio de buena fe contractual en el sistema jurídico colombiano, *Revista de Derecho Privado*, vol. 11, 2006, pp. 79-125. Disponible en <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/575>>
- 82 PRESAS MATA, FÁTIMA. La responsabilidad social de los *stakeholders* en la publicidad: necesidad de un compromiso ético en la industria publicitaria, *Methaodos Revista de Ciencias Sociales*, vol. 6, n.º 1, 2018, pp. 38-51. DOI: <<http://dx.doi.org/10.17502/m.rcs.v6i1.208>>. Disponible en: <<http://www.methaodos.org/revista-methaodos/index.php/methaodos/article/view-File/208/351>>
- 83 Esta afirmación no es categórica. Debe haber un compromiso ético por parte de las empresas por medio de su publicidad, y de esto deben estar al tanto las partes interesadas. *Ibidem*.
- 84 SIC. Por publicidad engañosa en promociones y ofertas, Superindustria sanciona a Panamericana. Protección del Consumidor, 2016. (Consulta: 15 marzo 2019). Disponible en <<http://www.sic.gov.co/noticias/por-publicidad-enganosa-en-promociones-y-ofertas-superindustria-sanciona-a-panamericana>>
- 85 El caso referenciado es el de un conocido almacén de cadena, sancionado por la SIC por publicidad engañosa en los siguientes términos, resaltando la necesaria “suficiencia” del mensaje publicitario: “La Superintendencia determinó que la información sobre las condiciones y restricciones aplicables a las promociones ‘Computador Lenovo precio con descuento \$1.279.200’, ‘Por la compra de computadores Lenovo Touch llévate por solo \$49.000 tablet Lenovo 7’ y ‘Compra 10 resmas de papel tamaño carta CopyPac y lleva cada una por solo \$6.500’, no fue clara ni suficiente y que, siendo así, la publicidad a través de la cual se anunciaron dichas promociones resultaba engañosa, toda vez que su mensaje no correspondía a la realidad e inducía a los consumidores en engaño y confusión, lo cual vulnera los artículos 29, 30 y 33 de la Ley 1480 de 2011 (Estatuto

Por su parte, la información debe ser “oportuna” o previamente disponible a la decisión del consumidor; incluso durante o persistir una vez terminada la decisión. Y, finalmente, al decir que la información debe ser “apropiada y de utilidad” significa que el consumidor debe conocer las calidades, características y riesgos asociados al bien o servicio adquirido.

El derecho del consumo frente a la publicidad engañosa

La publicidad engañosa está prohibida en Colombiano (v. art. 30, Ley 1480 de 2011) por ser contraria a la libre competencia (v. art. 48, Decreto 2153 de 1992, Ministerio de Desarrollo Económico, 1992) y, por lo tanto, resulta ser una forma de competencia desleal (v. Ley 256 de 1996). Por tal motivo, es susceptible de ser perseguida y sancionada por organismos como la SIC a petición de los consumidores.

La propaganda comercial engañosa o publicidad engañosa, es una fuente de contravenciones al Estatuto del Consumidor⁸⁶ producido por la disociación entre la promesa efectuada y la estrategia o pieza publicitaria. Esto afecta la realidad concreta del producto, sus efectos o su precio real de venta⁸⁷⁻⁸⁸, induciendo a

del Consumidor), así como las disposiciones de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre publicidad con incentivos” (v. Resolución 20945 de 2016).

86 Congreso de la República de Colombia. Ley 1480 de 2011, *Diario Oficial* n.º 48.220 de 12 de octubre de 2011. Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D. C. Disponible en <<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44306>>

87 Congreso de la República de Colombia. Ley 1480 de 2011, *Diario Oficial* n.º 48.220 de 12 de octubre de 2011. Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D. C. Disponible en <<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44306>>

88 Artículo 26. *Información pública de precios*. El proveedor está obligado a informar al consumidor en pesos colombianos el precio de venta al público, incluidos todos los impuestos y costos adicionales de los productos. El precio debe informarse visualmente y el consumidor solo estará obligado a pagar el precio anunciado. Las diferentes formas que aseguren la información visual del precio y la posibilidad de que en algunos sectores se indique el precio en moneda diferente a pesos colombianos, serán determinadas por la Superintendencia de Industria y Comercio. / Los costos adicionales al precio, generados por estudio de crédito, seguros, transporte o cualquier otra erogación a cargo del consumidor, deberá ser informada adecuadamente, especificando el motivo y el valor de los mismos. En el evento de que aparezcan dos (2) o más precios, que existan tachaduras o enmendaduras, el consumidor sólo estará obligado al pago del precio más bajo de los que aparezcan indicados, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar de conformidad con la presente ley. / Cuando el producto esté sujeto a control directo de precios por parte del Gobierno Nacional, el fijado por este será el precio máximo al consumidor y deberá

error a cualquier consumidor racional. La perspectiva normativista asiste esta afirmación en la medida en que el numeral 13 del artículo 5.º de la Ley 1480 define la publicidad engañosa así: “Aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”. Por esta razón, la misma norma la extrapola frente al término neutro de “publicidad” que es “toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo”⁸⁹.

De este hecho hay que distinguir dos aspectos para entender este fenómeno. Se tiene una parte experiencial –antropológica, sociológica y psicológica–, y del *imperio de los sentidos*⁹⁰, de otra puramente jurídica, donde está la dimensión ética de los negocios previamente referida (v. *supra*). La primera no corresponde a los juristas y abogados más que bajo la forma de una referencia general a la percepción. Los individuos, como actores del mercado, interpretan la publicidad de forma natural; después de anunciar y esta llega al intelecto por la vía de los sentidos; una publicidad y el mensaje que carga es tomado, *prima facie*, sin un alcance distinto o desligado al que normalmente tienen las palabras e imágenes allí mostradas⁹¹. Así, por ejemplo, no puede entenderse que un jugo de frutas no esté hecho de fruta⁹² o que un yogur no sea una bebida láctea, sino alimentos ultraprocesados⁹³, o que un producto⁹⁴ que se anuncia como

ser informado por el productor en el cuerpo mismo del producto, sin perjuicio del menor valor que el proveedor pueda establecer. / Parágrafo 1º. Los organismos o autoridades encargados de establecer o fijar precios de bienes o servicios ordenarán la publicación de las disposiciones respectivas en el Diario Oficial y al menos en dos (2) diarios de amplia circulación nacional. Los proveedores y productores tendrán dos (2) días a partir de la publicación en el Diario Oficial, para adecuar todos sus precios a lo ordenado por la autoridad. / Parágrafo 2º. La Superintendencia de Industria y Comercio determinará las condiciones mínimas bajo las cuales operará la información pública de precios de los productos que se ofrezcan a través de cualquier medio electrónico, dependiendo de la naturaleza de este.

89 Congreso de la República de Colombia. Ley 1480 de 2011, *Diario Oficial* n.º 48.220 de 12 de octubre de 2011. Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D. C. Disponible en <<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44306>>

90 LE BRETON, DAVID. *El sabor del mundo. Una antropología de los sentidos*, vol. 1, Buenos Aires, Nueva Visión, 2007.

91 RUSSELL, BERTRAND. *Fundamentos de Filosofía*, Barcelona, Plaza & Janés, 1974.

92 Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-543 de 2017, M. P. Diana Fajardo Rivera. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-543-17.htm>>

93 Los alimentos ultraprocesados son denominados, curiosamente, como PUP.

94 OPS y OMS. Alimentos y bebidas ultraprocesados en América Latina: tendencias, efecto sobre la obesidad e implicaciones para las políticas públicas, 2015. Washington D.C.,

desintoxicante no desintoxique, tal y como es el caso aquí estudiado (v. *infra*). Por el contrario, la segunda manera de entender el fenómeno de la publicidad engañosa es la dimensión jurídica: se establecen derechos y obligaciones. Si el punto de partida es la obligación de informarse⁹⁵⁻⁹⁶, todo consumidor ve, *a fortiori*, matizados sus derechos por un sentido de responsabilidad. Frente a esta obligación, ser protegido de la publicidad engañosa es un derecho del consumidor consagrado en el artículo 3.º-1.4, de la Ley 1480 de 2011 (“1.4. Derecho a recibir protección contra la publicidad engañosa”), asimismo la garantía de elección libre de los bienes que consume (“1.7. Derecho de elección: Elegir libremente los bienes y servicios que requieran los consumidores”).

La represión legítima del Estado a la publicidad comercial engañosa se justifica bajo la asimetría en la relación productor-consumidor⁹⁷, donde este último es el eslabón más débil⁹⁸. En efecto, la decisión de constitucionalidad C-1141 de 2000⁹⁹ permite entender que el “núcleo esencial del derecho del consumidor” es la potestad de reclamar ante el productor¹⁰⁰. Se entiende

Organización Panamericana de la Salud (OPS). Disponible en <https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=11153:ultra-processed-food-and-drink-products&Itemid=1969&lang=es>

95 Numeral 2.º, Ley 1480 de 2011.

96 Artículo 3.º Derechos y deberes de los consumidores y usuarios. Se tendrán como derechos y deberes generales de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de los que les reconozcan leyes especiales, los siguientes: [...] 2. Deberes / 2.1 2.2. Informarse respecto de la calidad de los productos, así como de las instrucciones que suministre el productor o proveedor en relación con su adecuado uso o consumo, conservación e instalación.

97 GUTIÉRREZ BERNAL, MAURICIO. *Una mirada constitucional a la obsolescencia programada. Aproximaciones jurídicas a la obsolescencia programada*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 19-42.

98 Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-973 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

99 Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-1141 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-1141-00.htm>>

100 “Privar a los consumidores y usuarios de los bienes y servicios, de la acción directa contra los productores, por lo expuesto en esta sentencia, viola el núcleo esencial del derecho del consumidor que, en su faceta procesal, no puede ser despojado de un medio de defensa efectivo contra el productor, en su condición de garante principal de la calidad de los bienes y servicios que ofrece al mercado y responsable de los daños causados por sus defectos. / La supresión del productor como sujeto pasivo de las referidas acciones, equivale a una inmunización contra todo tipo de responsabilidad, lo que contraviene de manera flagrante el texto del artículo 78 de la Carta. De otro lado, supeditar a la voluntad de los expendedores o proveedores de la cadena de comercialización del bien o servicio, la intervención del productor en el proceso desconoce el papel que debe jugar por sí sólo el consumidor, justamente gracias al régimen

que esta es una faceta procedimental¹⁰¹, pero los derechos que cobijan al consumidor tienen un “carácter poliédrico”¹⁰² porque integra “pretensiones, intereses y situaciones de orden sustancial (calidad de bienes y servicios; información); de orden procesal (exigibilidad judicial de garantías; indemnización de perjuicios por productos defectuosos; acciones de clase etc.); de orden participativo (frente a la administración pública y a los órganos reguladores)”.

De un lado, la información como interés y situación de orden “sustancial” es el punto que resaltarse de la sentencia C-1141 de 2000. Sin embargo, del otro lado, la Corte clasifica la información en contextos de consumo como un derecho “instrumental”, como la participación¹⁰³. La aparente contradicción resalta la interacción entre el consumidor y el mercado. En este, productores y/o distribuidores de bienes y servicios debe servirse de la publicidad comercial para promover el consumo de sus mercancías, aunque respetando límites.

Límites a la publicidad comercial

Si la competencia desleal puede manifestarse como publicidad engañosa, por su parte la sana competencia en el mercado implica un ejercicio regulado de la libertad de empresa –como libertad económica– y, en consecuencia, de la publicidad comercial. De un lado, la publicidad garantiza al consumidor el

de protección legal que debe homologarlo como sujeto titular de la plenitud de sus derechos frente al productor y demás actores económicos, sin necesidad de recurrir a ningún género de mediatización. Pese a presentarse esta solución como expediente práctico que facilita el cumplimiento de los derechos del consumidor, el llamamiento en garantía al productor que puede formular el distribuidor demandado consulta más su interés de escapar a la condena patrimonial que el propio del consumidor a quien se dificulta obtener directamente su comparecencia procesal” (v. consideración 10, Sentencia C-1141 de 2000).

101 El salvamento de voto de la Sentencia C-973, a cargo del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, defiende una posición muy garantista frente al consumidor (v. salvamento parcial de voto, Sentencia C-973 de 2002).

102 Corte Constitucional colombiana, 2000. Sentencia C-1141 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Consideración 7. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-1141-00.htm>>

103 Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-1141 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Consideración 9. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-1141-00.htm>>

acceso a los productos que circulan en el mercado¹⁰⁴⁻¹⁰⁵. Del otro lado, esta manifestación debe estar dentro de la estricta vigilancia de la SIC¹⁰⁶; un ejemplo son los recursos jurisdiccionales que protegen al consumidor de la publicidad engañosa o el régimen administrativo sancionatorio¹⁰⁷ complementados por la jurisprudencia constitucional¹⁰⁸⁻¹⁰⁹.

Este control a la publicidad engañosa se enmarca, filosófico, en el liberalismo igualitario¹¹⁰, aplicado por los artículos 332 y 333 de la Constitución Política; libre competencia es esencial al mercado y la intervención se justifica en la medida en que esta se encamina a restablecerla¹¹¹⁻¹¹². La propaganda comercial

104 Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-830 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Consideraciones 3 a 16.S.I.: s. n. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-830-10.htm>>

105 “Incluso, la publicidad puede buscar incidir en una práctica social determinada, a fin de configurar opciones estables de consumo en una comunidad dada, al punto de influenciar al aparato estatal para que prodigue políticas públicas que permitan o faciliten el ejercicio de esa opción de consumo” (v. consideración 8, Sentencia C-830 de 2010).

106 SHINA, FERNANDO. *Daños al consumidor. Análisis de la Ley 1480 de Colombia*, vol. 1, Bogotá, Universidad de la Sabana y Editorial Astrea, 2014.

107 SIC. Protección al consumidor en Colombia. Una aproximación desde la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, Bogotá, 2017. Disponible en <[http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Proteccion_al_Consumidor_en_Colombia_julio27_2017\(1\).pdf](http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Proteccion_al_Consumidor_en_Colombia_julio27_2017(1).pdf)>

108 Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-830 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-830-10.htm>>

109 En la Sentencia C-830 de 2010, complementando la actividad de la Superintendencia, la Corte Constitucional afirma: “La necesidad de la publicidad para la comercialización de cara al derecho constitucional, conlleva al menos dos consecuencias definidas. En primer término, si el Estado reconoce las libertades económicas como garantías a favor de los ciudadanos, necesarias para la preservación de la economía social de mercado, entonces la publicidad también es objeto de protección, puesto que es parte integrante del esfuerzo productivo y la ulterior concurrencia del agente y sus productos al mercado. En segundo lugar, al inscribir a la publicidad dentro del grupo de actividades comprendidas en el concepto de libertad de empresa y libre iniciativa económica, podrá el Estado imponerle limitaciones, restricciones, e incluso prohibiciones a sus distintas manifestaciones, a condición que se cumplan los requisitos identificados por la jurisprudencia constitucional para la validez de los actos de intervención económica, en especial el cumplimiento de condiciones de razonabilidad y proporcionalidad de la actividad estatal”.

110 RAWLS, JOHN. *Teoría de la justicia*, vol. 2, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

111 Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-616 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

112 “Elemento característico de la libre competencia es la tensión que se presenta entre los intereses opuestos de los agentes participantes en el mercado, cuyo mantenimiento exige la garantía de

debe ser observada y protegida porque estimula la concurrencia de actores del mercado y mercancías, prohibiéndose toda infracción de “las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor”¹¹³⁻¹¹⁴. Este es un acto contrario a la libre competencia y por tal motivo, la defensa del consumidor es también una defensa de esta condición estructural del libre mercado.

En este sentido, hay tres tipos de restricciones legítimas a la actividad económica de las personas: “en primer lugar, las prácticas colusorias entre empresarios para restringir la competencia; en segundo término, el abuso de posición dominante; y en tercer plano, la competencia desleal entre empresarios”¹¹⁵. Tanto la última como la primera, están directamente relacionados, porque podría argumentarse que el uso de la publicidad engañosa acrecienta la asimetría entre actores del mercado¹¹⁶, presentándose de este modo una forma de abuso

ciertas libertades básicas, que algunos doctrinantes han condensado en: a) la necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades. b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren. / La Constitución contempla la libre competencia como un derecho. La existencia del mismo presupone la garantía de las mencionadas condiciones, no sólo en el ámbito general de las actividades de regulación atenuada, propias de la libertad económica, sino también en aquellas actividades sujetas a una regulación intensa, pero en las cuales el legislador, al amparo de la Constitución, haya previsto la intervención de la empresa privada” (consideración 4.2, Sentencia C-616 de 2001).

113 Ministerio de Desarrollo Económico. Decreto 2153 de 1992 (diciembre 30), *Diario Oficial* n.º 40.704 de 31 de diciembre de 1992, Bogotá, Secretaría del Senado de la República.

114 El artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 prescribe lo siguiente: “Actos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos: / 1. *Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.* / 2. Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios. / 3. Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios” (cursiva fuera de texto).

115 Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-616 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil, consideración 4.3.

116 “Fue así como antes de la emisión de la sentencia mencionada, contábamos con un Estatuto del Consumidor que no definía plenamente quiénes eran los responsables en el cumplimiento de la garantía, pues la conceptualización contenida en el Decreto 3466 de 1982, resultaba escueta a la hora de responsabilizar tanto a los productores como a los proveedores, lo cual ponía un limitante a la hora de interponer la acción de protección al consumidor, en tanto, se disponía que el consumidor debía reclamar ante el proveedor y, acto seguido, éste repetiría contra el

de la posición dominante¹¹⁷. Según el numeral 5.º del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 el abuso de la posición dominante también puede ser indirecto¹¹⁸.

La publicidad engañosa es un manejo asimétrico de información porque propicia la desigualdad material en la capacidad de influencia y negociación del productor y/o distribuidor sobre el consumidor sino que también repercute en el núcleo esencial de su derecho, esto es, el ejercicio de un mecanismo de defensa¹¹⁹⁻¹²⁰. Estas son las razones de una desventaja entre productor y consumidor; esta es una razón suficiente para que el orden jurídico cuente con mecanismos para restablecer la dicha desigualdad.

Obligaciones del consumidor frente a la publicidad

Hay deber de cuidado del consumidor. Aunque al amparo de los principios generales del Estatuto del Consumidor¹²¹, se reconocen riesgos invisibles, en

productor, situación que hacía aún más gravosa la posición del consumidor como la parte más vulnerable en la relación contractual". SIC. Protección al consumidor en Colombia, cit.

117 Ministerio de Desarrollo Económico. Decreto 2153 de 1992 (diciembre 30), *Diario Oficial* n.º 40.704 de 31 de diciembre de 1992, Bogotá, Secretaría del Senado de la República.

118 Artículo 45. Definiciones. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones: [...] / 5. Posición dominante: la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.

119 Corte Constitucional colombiana, 2002. Sentencia C-973 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis. Salvamento parcial del voto.

120 Manuel José Cepeda Espinosa estaba a cargo de esta opinión disidente: "Si un comprador sufría un daño debido a un defecto del que adolecía un producto adquirido en el mercado, y quería dirigirse no contra el vendedor sino contra el productor con el cual no celebró contrato alguno, según las reglas clásicas de responsabilidad civil extracontractual, debía demostrar: (1) que sufrió un daño; (2) que el daño fue causado por un defecto en el producto fabricado por el productor demandado y (3) que fue culpa de éste, bien porque actuó dolosamente o porque actuó negligentemente. Inmediatamente surgen los siguientes interrogantes: ¿Cómo puede un consumidor promedio conocer los estándares de producción de una fábrica? ¿Cómo determina si ese estándar es adecuado o no? ¿De qué manera puede controvertir en un plano de igualdad los argumentos que presente el fabricante, asesorado por técnicos y expertos en la materia, para desvirtuar las relaciones de causalidad? Contrario a lo sostenido por el demandante en el presente proceso, no es el productor quien ve restringido su derecho a la defensa, son los consumidores quienes, en virtud de las cargas en materia probatoria y de su precario acceso a la información relevante para solucionar el caso, ven menguadas sus posibilidades reales de defensa".

121 Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-830 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-830-10.htm>>

numerosas oportunidades no pueden ser percibidos si los productos *no son lo que dicen ser*, en razón, por ejemplo, del uso asimétrico de la información¹²². En razón de lo anterior, la información puede ser considerada un conjunto de datos. Pero allende todo reduccionismo, la información debe ser “adecuada” y propiciar “elecciones bien fundadas”¹²³.

La imposibilidad de percatarse de la incongruencia entre las características objetivas del bien o servicio consumido y la intención final del productor o proveedor ponen a prueba la obligación de informarse. Ciertamente, los actores del mercado buscan el provecho económico, pero esta intención encuentra su límite en el orden público¹²⁴. Con lo anterior, se condiciona, entonces, la lógica de la libertad de emprendimiento al respeto por el bien común y la buena fe. Ante la publicidad engañosa, el cruce de criterios y de derechos y obligaciones, admite que el derecho del consumidor prime sobre los derechos de los productores por la vulnerabilidad del primero (*v. supra*).

En efecto, un consumidor promedio puede ser fácilmente víctima de publicidad engañosa, porque no cuenta con el conocimiento técnico para reconocer que omitió información., técnica esencial o trascendente. La desigualdad resaltada en los acápites anteriores se pone de manifiesto cuando el consumidor queda imposibilitado para actuar responsablemente, queriendo decir con esto que consumir —el consumo como manifestación de las libertades económicas— requiere que la información publicitada corresponda con la realidad.

El derecho a ser informado, que está incluido en la libertad de información, no es más que la protección a los derechos de los consumidores de: la libertad de ofrecer bienes y servicios —*v.* artículo 78, Constitución Política de 1991—; el ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada —artículo 333, Constitución Política de 1991—; el libre desarrollo de la personalidad —artículo 16, Constitución Política de 1991— y el principio de buena fe —artículo 83, Constitución Política de 1991—. Estos derechos conforman un doble régimen de protección que incluye tanto al consumidor como al mercado en abstracto.

En suma, los límites a la publicidad engañosa son los derechos del consumidor en la medida en que garantizarlos es proteger también la libre competencia.

122 Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-973 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

123 Congreso de la República de Colombia. Ley 1480 de 2011 (*Diario Oficial* n.º 48.220 de 12 de octubre de 2011), numerales 1 y 2 del artículo 1, Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D. C. Disponible en <<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44306>>

124 Artículo 33 de la Constitución Política de Colombia.

Al respecto una observación de carácter metodológico puede ser hecha, para vincular la discusión general con el tema puntual de los productos “detox”. El consumo responsable es un propósito legítimo, pero su realización solamente está ligada a cuando al consumo se le protege del engaño como posibilidad. Por esta razón, la reflexión anterior debe articularse a los productos “detox” a través del análisis de la estructura del orden jurídico que respalda la protección del consumidor en Colombia.

Así, por más que la Constitución Política establezca los principios de una protección del consumidor, la indeterminación sobre asuntos de publicidad engañosa, queda en manos del legislador y de las autoridades administrativas –i. e., ministerios y la SIC–. De ahí que se haga necesario conocer este funcionamiento concreto en el siguiente apartado.

Concluida esta reflexión sobre el estudio del conflicto entre publicidad engañosa y derechos fundamentales, es necesario entrar a identificar las relaciones con el caso de los productos “detox” tratado por la experiencia de la SJEDHE.

3. MODA VS. SALUD PÚBLICA EN LOS PRODUCTOS “DETOX”

La moda *fitness* es una tendencia que ha sido explotada económicamente por una creciente industria. En esta ola se han sabido adherir los productos “detox”; sin embargo, el estado de cosas actual puede cambiar a medida que la SIC regule adecuadamente estos bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, sin otro reparo que el que genera la suspicacia de algunos consumidores. En consecuencia, el consumo responsable se transforma en un acto irracional.

Lo anterior conduce hacia una reflexión escalonada en términos del (3.1.) régimen jurídico actual de los productos “detox”, propiciando luego (3.2.) un apartado prospectivo.

3.1. DE CÓMO EN COLOMBIA SE REGULAN LOS PRODUCTOS “DETOX”

El ordenamiento jurídico colombiano reconoce la libertad de empresa y la protege, pero desconoce el carácter absoluto de la libertad de expresión de la empresa¹²⁵. Al amparo de esta lógica, en principio, las modas saludables

125 Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-543 de 2017, M. P. Diana Fajardo Rivera. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-543-17.htm>>

pueden ser utilizadas para crear o promover la venta de nuevos productos. En el caso de los productos “detox” se entiende su caracterización como “publicidad” o propaganda comercial¹²⁶⁻¹²⁷. Promocionarse como un producto con efectos desintoxicante es una manera de generar una ventaja comparativa frente a otros productores de bienes y servicios. En el caso particular de la

126 Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-355 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-355-94.htm>>

127 La publicidad o propaganda comercial fue definida por la Corte Constitucional en los siguientes términos de la Sentencia C-355 de 1994: “2. La publicidad y la propaganda como instrumentos para dar a conocer a la sociedad el servicio de un profesional, no constituyen por si sola una ofensa a la ética. / 2.1. La propaganda, es decir, la actividad destinada a dar a conocer al público un bien o servicio con el fin de atraer adeptos, compradores, espectadores o usuarios, o crear simpatizantes, a través de cualquier medio de divulgación, y la publicidad, esto es, la propagación de noticias o anuncios de carácter comercial o profesional con el propósito indicado, no constituyen por si solas una ofensa a la ética, pues de ser así, estarían proscritas en el ejercicio de los menesteres propios de las acciones connaturales al medio político, social, económico y cultural. / La propaganda y la publicidad como difusión a través de medios de expresión que impresionen los sentidos, pueden llevarse a cabo con el propósito de ensalzar la bondad o excelencia de un artículo o de un servicio. Referidas al profesional en general, indudablemente cumplen una misión social como es la de informar a la comunidad y a cada persona en particular sobre las cualidades o atributos que ciertos profesionales poseen, a efecto de que puedan seleccionar, cuando lo requieran, a quien juzguen como el más capacitado, responsable y recto en el ejercicio de la correspondiente actividad. / 2.2. Como no se descarta el uso indebido, antiético o distorsionado de la propaganda y la publicidad, es apenas natural que el Estado ejerza un control sobre las anuncios o comunicaciones, para precaver o sancionar las faltas contra la ética y los derechos de los demás como sería, en las profesiones de la salud, el hecho de censurar los tratamientos efectuados por otros colegas o utilizar prácticas de competencia desleal o descalificar a éstos en cualquier sentido, o abusar de los medios de comunicación, o atentar contra la propiedad intelectual; por consiguiente, cualquier conducta inescrupulosa del profesional que comporte una propaganda o publicidad indebidas y pueda configurar o propiciar una competencia desleal, es susceptible de ser tipificada y sancionada por el legislador como una falta a la ética. / No se puede, como lo hace el Ministerio Público, partir de la premisa de que la publicidad es meramente un instrumento hábil, artero y amañado para intervenir en la sociedad y servir los intereses propios, porque de ser así, no deberían ser permitidas las actividades que desarrollan los medios de comunicación en lo concerniente a la publicidad y a la propaganda. El Estado en aras de salvaguardar las libertades constitucionales fundamentales de la actividad y competencia económicas, empresa, iniciativa privada y ejercicio de profesiones u oficios, debe crear los espacios y reglas de juego dentro de los cuales los individuos puedan ejercer esas competencias subjetivas y su autonomía, y sólo intervendrá cuando sea indispensable limitar su ejercicio, a efecto de enmarcarlas dentro de ciertos y definidos parámetros, cuando realmente se aprecie la posibilidad de abuso de esas libertades o se afecten los derechos de los demás”.

publicidad de los productos “detox”, el orden jurídico colombiano permite entender que un análisis meramente jurídico permite identificar una violación a los derechos del consumidor. Pese a que se trata de procedimientos especiales de queja ante la SIC, se da una intervención complementaria de vigilancia de alimentos.

3.2. PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y SALUD PÚBLICA EN EL CASO “DETOX”

Allende las limitaciones constitucionales, la regulación especial en materia de alimentos y bebidas ofrece otras limitaciones a la publicidad de productos que se sirven de un nombre *innovador* para atraer una clientela que sigue tendencias de *consumo saludable*.

En el caso concreto, la queja enviada a la SIC con motivo del peligro que los productos “detox” representan para el bien común, a causa de su propaganda comercial y piezas publicitarias, fue remitida al Invima. En consecuencia, la SIC impartió órdenes para lograr una correcta investigación administrativa porque resulta evidente la presencia de riesgos a la salud, la vida y la seguridad de todos los consumidores.

Los productos “detox” son reconocidos como suplementos dietarios

Según el registro que lleva el Invima, los productos con propiedades desintoxicantes son tomados como suplementos dietario; su régimen jurídico se encuentra en los Decretos 3249 de 2006^[128] y 3863 de 2008^[129], además de la Resolución 3096 de 2007^[130]. Las limitaciones que ofrece este régimen particular tienen en cuenta el uso de la publicidad. En primer lugar, los referidos suplementos no pueden ser publicitados sino a través de un etiquetado que presente sus propiedades reales y debe abstenerse tener ilustraciones o palabras que afecten el juicio del consumidor en relación a la calidad, composición, origen

128 Ministerio de Protección Social. Decreto 3249 de 2006 (septiembre 18), *Diario Oficial* n.º 46.395 de 18 de septiembre de 2006, Bogotá, s. n. Disponible en <https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_3249_2006.htm>

129 Decreto 3863 de 2008.

130 Resolución 3096 de 2007.

o naturaleza del producto¹³¹; esto debido a que la norma técnica establece unos mínimos para la presentación física del envase o empaque, y esta debe tener “nombre y/o marca del producto” sin que por ningún motivo induzca a error al consumidor¹³².

Ahora bien, lo que respecta a la publicidad y su uso, la norma técnica informa que la publicidad de productos como los “detox”, debe ser aprobada previamente por el Invima¹³³. En consecuencia, la publicidad de los suplementos dietarios debe llenar otra serie de requisitos, que está en plena sincronía con las reglas de la Corte Constitucional¹³⁴. Entre los que más resalta está el carácter inteligible de la publicidad, precedido de las prohibiciones claras a fin de no hacer creer que la ingesta exclusiva del producto proporciona habilidades especiales¹³⁵, así como la prohibición categórica de usar propaganda comercial que prometa curar y sanar enfermedades o recuperar el cuerpo de trastornos físicos. A la sazón, los productos “detox” tampoco pueden asegurar que su ingesta exclusiva produce resultados milagrosos.

Por otra parte, a petición de la SIC, el artículo 272^[136] de la Ley 9^[137] y la Resolución 5109^[138-139] fueron el fundamento técnico que le permitió al Invima

131 Ministerio de Protección Social. Ob. cit.

132 *Ibidem*.

133 *Ibidem*.

134 *Ibidem*.

135 *Ibidem*.

136 Artículo 272. En los rótulos o cualquier otro medio de publicidad, se prohíbe [sic] hacer alusión a propiedades medicinales, preventivas o curativas, nutritivas o especiales que puedan dar lugar a apreciaciones falsas sobre la verdadera naturaleza, origen, composición o calidad del alimento o de la bebida.

137 Congreso de la República de Colombia. Ley 9 de 1979 (enero 24), *Diario Oficial* n.º 35308, del 16 de julio de 1979. Disponible en <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0009_1979.html>

138 Ministerio de Protección Social. Resolución 5109 de 2005. Disponible en <<https://www.invima.gov.co/resoluciones-en-alimentos/resolucion-005109-2005-pdf/detail.htm>>

139 Artículo 4.º Requisitos generales. Los rótulos o etiquetas de los alimentos para consumo humano, envasados o empacados, deberán cumplir con los siguientes requisitos generales: / 1. La etiqueta o rótulo de los alimentos no deberá describir o presentar el producto alimenticio envasado de una forma falsa, equívoca o engañosa o susceptible de crear en modo alguno una impresión errónea respecto de su naturaleza o inocuidad del producto en ningún aspecto. / 2. Los alimentos envasados no deberán describirse ni presentarse con un rótulo o rotulado en los que se empleen palabras, ilustraciones u otras representaciones gráficas que hagan alusión a propiedades medicinales, preventivas o curativas que puedan dar lugar a apreciaciones falsas sobre la verdadera naturaleza, origen, composición o calidad del alimento. Si en el rótulo o

una revisión de la propaganda comercial del caso aquí examinado. En primer lugar, dicha disposición legal prohíbe que la publicidad de un bien de consumo se anuncie aprovechando propiedades de carácter curativo o medicinal porque pueden “dar lugar a apreciaciones falsas sobre la verdadera naturaleza, origen, composición o calidad del alimento o de la bebida”. En segundo lugar, el artículo 4 de la Resolución 5109 de 2005 refuerza esta prohibición con la norma técnica sobre etiquetado¹⁴⁰⁻¹⁴¹, que prohíbe presentar o envasar un producto de forma tal que induzca a error al consumidor.

Ambas normas protegen el mercado y sus actores de estímulos vulneradores de su libertad de información, y que por lo tanto afecten los derechos del consumidor y las libertades económicas. Es por esta razón que, así como con otros productos –los alimentos ultraprocesados¹⁴²–, los “detox” deberían tener una mejor regulación y estar mejor regulados. De hecho, la misma SIC está facultada por del artículo 59 (v. numerales 8.º y 9.º) de la Ley 1480 de 2011 para emitir órdenes y tomar las medidas que sean necesarias para evitar un perjuicio a la salud de los consumidores.

Los productos “detox” son comparados con las bebidas energizantes

A la fecha –el año 2019–, los productos “detox” no tienen un régimen o una norma técnica especial. Están sometidos a los que la rama ejecutiva dispone para productos ordinarios, como si de cualquier bebida o alimento se tratara, a sabiendas del riesgo que representan para la salud pública; los productos “detox” no cuentan con las restricciones que establece, por ejemplo, el artículo 13 de la Resolución 4150¹⁴³:

etiqueta se describe información de rotulado nutricional, debe ajustarse acorde con lo que para tal efecto establezca el Ministerio de la Protección Social.

140 Ministerio de Protección Social. Resolución 333 de 2011. Disponible en <<https://www.invima.gov.co/resoluciones-en-alimentos/res-333-de-feb-2011-rotulado-nutricional-pdf/detail.html>>

141 Sobre este tema conviene v. Capítulo VI. Declaraciones de propiedades de salud, Resolución 333 de 2011.

142 Recientemente, la ONG colombiana Dejusticia tomó acciones para promover el “derecho a recibir información sobre ultraprocesados”. Véase: Dejusticia intervino ante la Corte Constitucional en defensa del derecho a recibir información sobre ultraprocesados, *Dejusticia. Derecho. Justicia. Sociedad*, 2019.

143 Ministerio de Protección Social. Resolución 4150 de 2009 (octubre 30), *Diario Oficial* n.º 47.522 de 3 de noviembre de 2009. Disponible en <<https://www.invima.gov.co/normativi->

Artículo 13. Publicidad. Toda publicidad de bebidas energizantes requerirá autorización previa expedida por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima.

Parágrafo. Toda publicidad de bebidas energizantes debe corresponder a la información que sobre el producto fue presentada al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima, para la obtención del correspondiente registro sanitario.

La autorización que deben pedir al Invima los productores de bebidas energizantes para utilizar la propaganda comercial podría pedirse también a otros bienes y servicios ofrecidos en el mercado.

Ahora bien, si la libertad de empresa en su relación con el uso de anuncios publicitarios puede llegar a limitarse legítimamente por el Estado, no puede¹⁴⁴, por el contrario, afirmarse que dicha intervención sea oficiosa; debe evitarse la intervención estatal arbitraria en el fuero de los individuos o de la vida y asuntos de las personas.

Restricciones a la libertad de expresión y a la libertad económica

En consecuencia, las restricciones a las libertades económicas están sujetas a una serie de reglas según la Sentencia T-543 de 2017^[145-146], pero estas se

dad-sp-510373846/alimentos/resoluciones-alimentos/resoluciones-2009/564-resolucion-4150-noviembre-3-de-2009-.html>

144 Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-391 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

145 Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-543 de 2017. M. P. Diana Fajardo Rivera. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-543-17.htm>>

146 Es menester prestar suma atención a las reglas de la consideración número 7.5.2.3: “[...] se requiere verificar que la restricción que se pretende imponer: (i) esté prevista en la ley; (ii) persiga el logro de ciertas finalidades imperiosas, que han de estar relacionadas con el respeto a los derechos de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas; (iii) sea necesaria para el logro de dichas finalidades; y (iv) no establezca una restricción desproporcionada en el ejercicio de la libertad de expresión. Adicionalmente, es preciso verificar que (v) la medida restrictiva sea posterior y no previa a la expresión objeto del límite, como también, que (vi) no constituya censura en ninguna de sus formas, lo que incluye el requisito de guardar neutralidad frente al contenido de la expresión que se limita”.

conectan a través de la publicidad, en lo que respecta a la libertad de expresión acorde a las reglas establecidas desde la decisión T-391 de 1997^[147-148].

CUADRO 2

Restricciones a la libertad de expresión (Sentencia T-391 de 2007)	Restricciones a la libertad económica (Sentencia T-543 de 2017)
Carga definitoria	Restricción prevista en la ley
	Restricción imperiosa ¹⁴⁹
Carga argumentativa	Restricción necesaria
	Restricción proporcional
Carga probatoria	Restricción posterior
	Restricción, no censura

Fuente: elaboración propia.

147 Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-391 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

148 Sobre el tema se racionalizaron las siguientes restricciones a la libertad de expresión cada vez que deba limitarse según el interés público. La verificación de esta contenciosa compete, por demás, al juez constitucional: “4.1.4.1. Carga definitoria: Es la carga de decir en qué consiste la finalidad que se persigue mediante la limitación de la libertad de expresión; cuál es su fundamento legal preciso, claro y taxativo; y cuál es de manera específica la incidencia que tiene el ejercicio de la libertad de expresión sobre el bien que se pretende proteger mediante la limitación. Esta carga definitoria debe cumplirse en el acto mismo en el cual se adopta la limitación, como parte constitutiva de su fundamentación jurídica. Así, por ejemplo, no cumple esta carga la autoridad que, para justificar el establecimiento de una limitación sobre la libertad de expresión, invoca la moralidad pública en abstracto. La importancia de esta carga de definir las bases que se invocan para justificar cierta limitación de la libertad de expresión reside en que cumple una función anti-intuitiva, es decir, busca evitar que el subjetivismo de la autoridad, en lugar de parámetros objetivos, sea la base explícita o implícita del establecimiento de limitaciones sobre esta importante libertad constitucional. / 4.1.4.2. Carga argumentativa: Con base en el cumplimiento de la carga definitoria, compete a las autoridades que pretenden establecer limitaciones a la libertad de expresión plasmar, en el acto jurídico de limitación, los argumentos necesarios para demostrar fehacientemente que se han derrotado las distintas presunciones constitucionales que amparan la libertad de expresión, y que se ha cumplido con cada uno de los requisitos que deben reunir las limitaciones a dicha libertad (...). / 4.1.4.3. Carga probatoria: Finalmente, las autoridades que limitan la libertad de expresión deben asegurarse de que los elementos fácticos, técnicos o científicos que sustentan su decisión de limitar la libertad de expresión cuenten con una base sólida en evidencias que den suficiente certeza sobre su veracidad. Por ejemplo, cuando se invoca como justificación para limitar la expresión la posible generación de impactos psicológicos o sociales nocivos, estos impactos han de estar sólidamente demostrados con evidencias científicas y técnicas que comprueben su objetividad y provean, así, un sustento a las decisiones que se adoptarán”.

149 Una restricción es imperiosa en cualquiera de estos casos: riesgo respecto a los derechos humanos, a la seguridad nacional, el orden público, la salud, la moralidad pública.

Ciertamente, toda restricción a los derechos y libertades constitucionales debe estar racionalizada a través de unos principios fijos consignados en una suerte *protocolo*. Más que sancionar, las restricciones deben evitar la arbitrariedad. De tal modo, con las cargas llamadas por la jurisprudencia constitucional como “definitoria”, “argumentativa” y “probatoria”, se establecen límites a la libertad de empresa, en el marco del respeto a la libertad de competencia.

A esta debe sumarse indisolublemente la protección del consumidor del artículo 78 de la Constitución Política de 1991. Las precitadas cargas (cuadro 2) dan sentido al artículo 333 de la Constitución al procedimentalizar las limitaciones, que para el caso *sub examine* son: los productores y/o comercializadores de los productos “detox”, pero sobre todo sus consumidores y las otras empresas competidoras.

4. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN EL CASO “DETOX”

La SIC, en ejercicio de sus funciones de protección al consumidor¹⁵⁰⁻¹⁵¹, puede conocer de las peticiones formales o quejas, e iniciar una actuación administrativa que puede originar el procedimiento sancionatorio¹⁵²⁻¹⁵³. En el caso “detox”, la superintendencia inició con las investigaciones preliminares a varios establecimientos de comercio productores y comercializadores; las quejas fueron interpuestas contra bebidas y alimentos que en su publicidad llevaban la leyenda: “detox” o los rótulos en su empaque o etiquetado que

150 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Decreto 4886 de 2011 (diciembre 23), *Diario Oficial* n.º 48.294 de 26 de diciembre de 2011. Disponible en <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4886_2011.html>

151 Aunado a esto, el numeral 6 del artículo 3 de la Ley 1480 da a la SIC las funciones de “Vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica”.

152 Congreso de la República de Colombia. Ley 1437 de 2011 (enero 18), *Diario Oficial* n.º 47.956 de 18 de enero de 2011. Disponible en <<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41249>>

153 Se equiparan estos dos términos porque la experiencia de la SJEDHE muestra que la SIC no hace sino una distinción tenue cuando se hace una solicitud de petición formal.

indican sus propiedades desintoxicantes. Igualmente, publicaciones pueden ser interpeladas, siempre y cuando promuevan tendencias relacionadas con el objeto de la queja, esto es, la moda o tendencias *fitness*; aunque no para sancionarlas directamente sino para poder identificar o localizar a las personas jurídicas o naturales que pautan en estas la publicidad acusada como engañosa.

Etapas de investigación de la SIC en el caso “detox”

Al iniciarse las averiguaciones, la SIC advierte el carácter imperativo de las órdenes a los sujetos interpelados; las sanciones previstas por el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 son referidas metódicamente por el órgano de vigilancia y control¹⁵⁴⁻¹⁵⁵. En esta parte del procedimiento, la superintendencia solicita piezas publicitarias que conduzcan a corroborar o desvirtuar la información de la queja. En la propaganda comercial de los productos “detox” fueron identificadas varias leyendas que indicaban las bondades de los productos desintoxicantes. Y el análisis de las investigaciones promovidas por la SIC dejó dos aprendizajes.

De un lado, la carga de los productores está en aportar las piezas de propaganda comercial con las que publicitaron los productos. Estas pueden datar de cinco años o más, dependiendo del momento en que los productos “detox” comenzaron a ser comercializados o producidos (v. *infra*, Figura 1.). Dentro de este mismo listado de información que solicita la SIC a los productores o comercializadores, están los estudios que sustenten el carácter desintoxicante de los productos, acompañados de las formalidades de rigor (v. figura 1, punto 6).

154 Congreso de la República de Colombia. Ley 1480 de 2011, *Diario Oficial* n.º 48.220 de 12 de octubre de 2011, Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D. C. Disponible en <<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44306>>

155 También hace falta mencionar que el numeral 1 del artículo 12 del Decreto 4886 de 2011 refuerza estas sanciones que puede interponer la SIC a quienes no suministren la información requerida para llevar a cabo una investigación. Los plazos establecidos son de 10 días hábiles que se cuentan luego del recibo de la comunicación por parte del productor o distribuidor.

FIGURA 1. FRAGMENTO DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR
DE LA SIC EN CASOS “DETOX”

-
4. Anexar un ejemplar de los empaques y/o etiquetas del producto reproducido en la anterior imagen.
 5. Allegar la información nutricional del producto.
 6. Aportar copia del Registro Sanitario del mencionado producto, expedido por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima).
 7. Informar cuáles son las contraindicaciones del consumo de tal producto.
 8. Indicar cuáles son los beneficios de la ingesta de dicho producto.
 9. Allegar certificado del representante legal o revisor fiscal en el cual conste el número de productos comercializados a la fecha.
 10. Remitir las relaciones de peticiones, quejas y reclamos recibidas durante el año 2017 y lo corrido de 2018 relacionadas con el producto, en la que se indique, como mínimo, la siguiente información: i) fecha de presentación, ii) nombre del quejoso, iii) motivo de la queja y, iv) trámite dado a la misma.
-

Del otro lado, sobresale como regla promovida por la SIC aquella donde permiten promover la desintoxicación como un *estilo de vida*, siempre y cuando se compruebe que se trata de algo emocional; es decir, cuando se ofrece información general y nunca específica sobre los productos o el *modus vivendi* que requieren, puesto que se habla de una moda o tendencia.

Bajo este último supuesto, la SIC no impone sanciones y asume que a la queja le falta mérito para continuar la sanción preliminar o para la sanción. Esto quiere decir que en los casos de publicidad engañosa se descartan como reprochables aquellos promotores que no comprometen su opinión de apoyo —que pareciera sin ambages— a un producto en concreto. Se hace evidente, en la etapa preliminar de investigación, que el carácter técnico de la norma agota su sentido profundo, pues existe publicidad que merece ser tenida en cuenta como engañosa, pero se descarta una vez no está atada a un objeto concreto. En el sentir de los autores de este texto, se celebra que la Superintendencia no se “transforme en una entidad que promueve exclusivamente la libertad económica y los derechos a la publicidad de toda empresa”.

El libre mercado exige a sus agentes la lealtad y la buena fe con el consumidor, y estas no pueden percibirse cuando se promueve una ética incierta.

Por un lado, se promocionan tendencias con una identidad fuerte, que se hace fácil de percibir. Pero del otro lado, a pesar de hacer todo lo posible para gestar las condiciones que abren un nicho de mercado, pareciera que la SIC se niega a entenderlo. No tiene sentido que tenga siempre abiertas las posibilidades de combatir los síntomas, pero se permita que la raíz del problema tome fuerza. Este caso de queja ante una publicación parece omitir el cuidado especial que merece la salud pública y el buen funcionamiento del mercado, según lo visto en el análisis de la doctrina de la Corte Constitucional¹⁵⁶.

Medidas preventivas y previas al procedimiento sancionatorio en el caso “detox”

Dentro del término de la investigación los productores, promotores o comercializadores allegan a la SIC los documentos que solicite. Con posterioridad a su análisis, las piezas son evaluadas conforme a las posibles violaciones que puedan presentar a la Ley 1480 de 2011. Sus artículos 23^[157], 29^[158] y 30^[159] resultan ser unos de los más afectados en tratándose de las promesas y efectos

156 Congreso de la República de Colombia. Ley 1480 de 2011, *Diario Oficial* n.º 48.220 de 12 de octubre de 2011. Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D. C. Disponible en <<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44306>>

157 Artículo 23. Información mínima y responsabilidad. Los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan y, sin perjuicio de lo señalado para los productos defectuosos, serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información. En todos los casos la información mínima debe estar en castellano. / Parágrafo. Salvo aquellas transacciones y productos que estén sujetos a mediciones o calibraciones obligatorias dispuestas por una norma legal o de regulación técnica metrológica, respecto de la suficiencia o cantidad, se consideran admisibles las mermas en relación con el peso o volumen informado en productos que por su naturaleza puedan sufrir dichas variaciones. / Cuando en los contratos de seguros la compañía aseguradora modifique el valor asegurado contractualmente, de manera unilateral, tendrá que notificar al asegurado y proceder al reajuste de la prima, dentro de los treinta (30) días siguientes.

158 Artículo 29. Fuerza vinculante. Las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad.

159 Artículo 30. Prohibiciones y responsabilidad. Está prohibida la publicidad engañosa. / El anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa. El medio de comunicación será responsable solidariamente solo si se comprueba dolo o culpa grave. En los casos en que el anunciante no cumpla con las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados.

de los productos “detox”. Por esto, la SIC puede ordenar que la persona requerida en el trámite de queja retire –pero previo al inicio de procedimiento administrativo sancionatorio– las piezas publicitarias. Esto, por considerar que los documentos allegados no son sustento suficiente a la promesa de desintoxicación¹⁶⁰⁻¹⁶¹.

Esto produce dos efectos: primero, que la publicidad denunciada pueda ser considerada engañosa; y, segundo, que la propaganda comercial sea removida por la insuficiencia del respaldo técnico¹⁶²⁻¹⁶³. Posteriormente, y antes de iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio, se le otorgan 20 días a las persona para que demuestre que retiró las piezas de la publicidad considerada engañosa con plena potestad de implementar nuevas verificaciones para verificar la protección al consumidor¹⁶⁴.

Terminada esta reflexión, se hace necesario realizar ciertas sugerencias, antes de terminar y pasar a las conclusiones generales.

- 160 Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-830 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-830-10.htm>>
- 161 Artículo 59. Facultades administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio. Además de la prevista en el capítulo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá las siguientes facultades administrativas en materia de protección al consumidor, las cuales ejercerá siempre y cuando no hayan sido asignadas de manera expresa a otra autoridad: [...] / 2. Instruir a sus destinatarios sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones en materia de protección al consumidor, fijar los criterios que faciliten su cumplimiento y señalar los procedimientos para su aplicación.
- 162 Congreso de la República de Colombia. Ley 1480 de 2011, *Diario Oficial* n.º 48.220 de 12 de octubre de 2011, numeral 6 del artículo 59. Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D. C. Disponible en <<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44306>>
- 163 Artículo 59. Facultades administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio. Además de la prevista en el capítulo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá las siguientes facultades administrativas en materia de protección al consumidor, las cuales ejercerá siempre y cuando no hayan sido asignadas de manera expresa a otra autoridad: [...] / 6. Ordenar, como medida definitiva o preventiva, el cese y la difusión correctiva en las mismas o similares condiciones de la difusión original, a costa del anunciante, de la publicidad que no cumpla las condiciones señaladas en las disposiciones contenidas en esta ley o de aquella relacionada con productos que por su naturaleza o componentes sean nocivos para la salud y ordenar las medidas necesarias para evitar que se induzca nuevamente a error o que se cause o agrave el daño o perjuicio a los consumidores.
- 164 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Decreto 4886 de 2011 (diciembre 23), numeral 1 del artículo 12, *Diario Oficial* n.º 48.294 de 26 de diciembre de 2011. Disponible en <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4886_2011.html>

5. PROPUESTAS O SOLUCIONES PARA LA REGULACIÓN DE LOS PRODUCTOS “DETOX”

Terminado este estudio sobre las sanciones concretas y algunas reglas, cuyas críticas pueden dar algunas pistas a otros investigadores, es necesario entender que las facultades de control y vigilancia de la SIC coinciden y no concurren con el acompañamiento del Invima¹⁶⁵. Ahora solamente queda esperar que la superintendencia reglamente con todo detalle lo relacionado con los productos “detox”, teniendo en cuenta que ya se inició un estudio de viabilidad para entrar en la agenda regulatoria del año 2019 (v. *infra*, figura 2.), y porque este tipo de modas representan un riesgo potencial para la salud pública, pero son una amenaza efectiva para el mercado, sus actores y los consumidores en general.

FIGURA 2. FRAGMENTO DE LA RESPUESTA A LA PETICIÓN DE LA SJEDHE



GOBIERNO DE COLOMBIA

Por su parte, frente a su solicitud de expedir una regulación específica en materia de los conocidos productos “Detox”, me permito informarle que su estudio será evaluado para determinar la viabilidad o no de expedir un acto administrativo en este sentido como parte de la agenda regulatoria de la Entidad para el año 2019.

En estos términos damos respuesta a su solicitud, quedando a su disposición en caso de requerir información adicional.

Atentamente,


 OLGA PATRICIA SUSA CRUZ
 Coordinadora Grupo de Regulación

En una economía de libre mercado resulta manifiestamente injusto que un productor que publicita sus productos como “detox” lleve la ventaja sobre sus competidores por este acto de publicidad engañosa; si un té se vende como

¹⁶⁵ De igual manera, otro aprendizaje proviene del tratamiento que la SIC les da a los derechos de petición; los asume como queja. Sin embargo, el derecho de petición enviado por la SJEDHE fue enfático frente al tema de las sanciones: la imposición de una sanción no estaba dentro de la petición. Pese a esto, se comprende la necesidad de investigar e imponer órdenes previas a todo procedimiento sancionatorio.

desintoxicante, afirmando en su publicidad que limpia el cuerpo, y por esta promesa –tan falsa como contraria a la norma técnica– termina vendiendo más que otros productores de té, entonces el resultado es un acto de competencia desleal, además de riesgoso para la salud pública, etc.

Para prevenir esta situación hacia el futuro, se hace necesario tratar de incidir en la decisión a través de varias recomendaciones puntuales, y cuyos fundamentos jurídicos ya fueron analizados (v. *supra*).

Primera recomendación: aplicar las mismas reglas de la publicidad de bebidas energizantes a los productos “detox”. La regulación vigente impone la necesaria revisión de la publicidad de ciertos productos, la lista de ellos debería completarse con otros nuevos. Además, desde el punto de vista procedimental, si la obligación ya existe, podría simplemente hacerse el reenvío.

Segunda recomendación: la publicidad engañosa tiene varias formas que han evolucionado con el avance de las redes sociales y el internet. Es por esto que podría vigilarse con mayor rigor la actividad de los actores del mercado dirigida a influenciar, y no limitarse a vigilar y controlar aquella dedicada a incidir directamente en la decisión del consumidor.

Tercera recomendación: la regulación podría tener en sus principios la libertad de información tal y como se protege por la Corte, en su doble sentido; es decir, como la libertad de informarse y el derecho a no ser engañado en contextos de consumo. Sin embargo, la construcción de una resolución debería tener en cuenta que la publicidad no puede ofrecer, prometer o hacer referencia a propiedades medicinales, porque el mayor problema de los productos “detox” –y las tendencias saludables– es que tratan de suplantar la medicina y producen confusión entre la ingesta del producto y los hábitos saludables que prodiga.

En suma, la SIC debería ser más severa con la publicidad que afecta a productores –puesto que los desplaza en el mercado– y consumidores cuando usa, falsamente, las referencias a propiedades medicinales.

4. CONCLUSIONES

No existen en Colombia ninguna regulación específica sobre productos “detox”. En su lugar, la normativa vigente los asimila a suplementos dietarios y pese al riesgo que pueden representar a la salud pública y el desequilibrio que producen en el mercado –acrecentando las asimetrías entre productores y consumidores, pero también la competencia desleal entre productores de bienes y servicios–, se deja de lado la posibilidad de restricciones similares a las previstas para las bebidas energéticas.

Esta situación trae consigo unas consecuencias derivadas del análisis que hace la Corte Constitucional sobre las libertades económicas (cuadro 1), donde la libertad de empresa termina supeditada al bienestar general, pero también a la necesidad de los consumidores de recibir información clara, veraz y suficiente. En efecto, la publicidad como manifestación de la libertad de empresa debe cumplir limitaciones razonables en la veracidad e imparcialidad del mensaje, que debe distinguirse perfectamente de opiniones sobre los productos. Súmese a lo anterior que la información suministrada por una pieza publicitaria debe ser comprensibles si se solicita una ratificación.

Posteriormente, las limitaciones que pueden venir luego de una reclamación contra la publicidad engañosa son legítimas. El fundamento es la latente asimetría en el manejo de la información, pues el abuso de la posición dominante puede provenir también del manejo de la publicidad. Sin embargo, las limitaciones deben combinar las reglas para la restricción legítima a de la libertad de expresión (cuadro 2) –cargas definitorias, argumentativa y probatoria– y la libertad económica (cuadro 2), que afirman que toda restricción debe ser legal, imperativa, necesaria, proporcional, posterior y, nunca, debe ser una censura sino una restricción fundada en los parámetros precisados.

Queda esperar que la SIC reglamente con todo detalle lo relacionado con los productos “detox”, teniendo en cuenta que ya se inició un estudio de viabilidad para entrar en la agenda regulatoria del año 2019 (figura 2), y porque este tipo de modas representan un riesgo potencial para la salud pública, pero son una amenaza efectiva para el mercado, sus actores y los consumidores en general.

Es imperativo que en Colombia se regule la publicidad de los productos con propiedades desintoxicantes por representar un riesgo latente a la salud pública y una amenaza concreta al mercado y sus agentes.

BIBLIOGRAFÍA

- AFONSO, ANA, GARCÍA MATAS, RAQUEL, GERMINI, ANDREA, MERTEN, CAROLINE y ROBINSON, TOBIN. *EFSA's activities on emerging risks in 2015*, European Food Safety Authority, 2016.
- AGAMBEN, GIORGIO. *Qu'est-ce qu'un dispositif?*, París, Payot et Rivage, 2007.
- ALVIAR GARCÍA, HELENA y LAMPREA, EVERALDO (eds.). *El estado regulador en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2016.

- Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia, 1991. Colombia, Alcaldía de Bogotá. Disponible en <<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=4125>>
- BRENKERT, GEORGE. Business Ethics and Human Rights: An Overview, *Business and Human Rights Journal*, vol. 1, n.º 2, 2016, pp. 277-306. DOI: <<https://doi.org/10.1017/bhj.2016.1>>. Disponible en <<https://www.cambridge.org/core/journals/business-and-human-rights-journal/article/business-ethics-and-human-rights-an-overview/4E12322863D6BA2B17871B03EDA9BBB9>>
- CALDERÓN VALENCIA, FELIPE. *Le contrôle a posteriori de la constitutionnalité des lois en droit français et colombien, éléments de compréhension d'une culture constitutionnelle*. S. l., Université Pantéon-Assas (Paris II), 2016. Disponible en <<https://www.theses.fr/194933792>>
- Cancillería de la República de Colombia. *Colombia en la implementación de la Agenda 2030. Agenda Post 2015 y ODS* (consulta: 13 junio 2018). Disponible en <<http://www.cancilleria.gov.co/rio/linea>>
- CANTÚ RIVERA, HUMBERTO. National Action Plans on Business and Human Rights: Progress or Mirage?, *Business and Human Rights Journal*, vol. 3, n.º 2, 2019, pp. 1-25. DOI: <<https://doi.org/10.1017/bhj.2018.33>>. Disponible en <<https://www.cambridge.org/core/journals/business-and-human-rights-journal/article/national-action-plans-on-business-and-human-rights-progress-or-mirage/4EC3C14499353D1CEE3E5A96458F6363#fndtn-information>>.
- CAPALDI, NICHOLAS, ZU, LIANGRONG y GUPTA, DAS (eds.). *Encyclopedia of Corporate Social Responsibility*, Berlín, Springer, 2013.
- CARROTTE, ELISE, VELLA, ALICE y LIM, MEGAN. Predictors of “liking” three types of health and fitness-related content on social media: A cross-sectional study, *Journal of Medical Internet Research*, vol. 17, n.º 8, 2015, p. e205.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS. *Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo)*, vol. 1, Reus Editorial, 2016.
- CASTRO BUITRAGO, ERIKA y CALDERÓN-VALENCIA, FELIPE. Un derecho ambiental democrático para Latinoamérica y el Caribe: los retos de la negociación del Acuerdo Regional sobre el Principio 10 de Río 92, *ACDI*, vol. 11, n.º 1, 2018. DOI: <<http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.6541>>. Disponible en <<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/6541>>

Cepal. *Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe*. Adoptado en Escazú (Costa Rica), el 4 de marzo de 2018, apertura a la firma en la sede de las Naciones Unidas, Costa Rica, Cepal. Disponible en <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf>

COCHRAN, PHILLIP. The evolution of corporate social responsibility, *Business Horizons*, vol. 50, n.º 6, 2007, pp. 449-454. DOI: 10.1016/j.bushor.2007.06.004.

Colombia avanza. Derechos Humanos y empresa. *Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresa. Informe de Avances en la Implementación*, Bogotá, 2017.

Congreso de la República de Colombia. Ley 9 de 1979 (enero 24), *Diario Oficial* 35.308, de 16 de julio de 1979. Disponible en <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0009_1979.html>

Congreso de la República de Colombia. Ley 256 de 1996 (enero 15), *Diario Oficial* 42.692, de 18 de enero de 1996. Disponible en <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0256_1996.html>

Congreso de la República de Colombia. Ley 1437 de 2011 (enero 18), *Diario Oficial* 47.956, de 18 de enero de 2011. Disponible en <<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41249>>

Congreso de la República de Colombia. Ley 1480 de 2011, *Diario Oficial* 48.220, de 12 de octubre de 2011. Disponible en <<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44306>>

Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-425 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-425-92.htm>>

Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-355 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-355-94.htm>>

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-524 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-524-95.htm>>

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-1141 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-1141-00.htm>>

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-616 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-973 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-747 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-747-02.htm>>

Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-391 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-228 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-228-10.htm>>

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-830 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-830-10.htm>>

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-032 de 2017, M. P. Alberto Rojas Ríos. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-032-17.htm>>

Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-543 de 2017, M. P. Diana Fajardo Rivera. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-543-17.htm>>

Dejusticia. Dejusticia intervino ante la Corte Constitucional en defensa del derecho a recibir información sobre ultraprocesados. Dejusticia. Derecho. Justicia. Sociedad, 2019.

Decreto 3863 de 2008, Bogotá.

DURAND, FRANCISCO. Empresarios y sociedad civil en América Latina: reflexiones sobre una cambiante relación. En: ALONSO, JOSÉ (ed.), *La empresa en tiempos de cambio: la RSC y los negocios inclusivos*, Madrid, Siglo XXI, 2012, pp. 105-142.

El Espectador. Los engañosos jugos verdes, junio 2015.

ELVING, WIM, GOLOB, URSA, PODNAR, KLEMENT, ELLERUP-NIELSEN, ANNE y THOMSON, CHRISTA. The bad, the ugly and the good: new challenges for CSR communication.

- En: ELVING, WIM y GOLOB, URSA (ed.), *Corporate Communications: An International Journal*, vol. 20, n.º 2, 2015, pp. 118-127. DOI 10.1108/CCIJ-02-2015-0006.
- GABAY, M., SMITH, J. A., CHÁVEZ, M. L., GOLDWIRE, M., WALKER, S., COON, S. A., GOSSER, R., HUME, A. L., MUSSELMAN, M., PHILLIPS, J. y ABE, A. M. White Paper on Natural Products. Pharmacotherapy, *The Journal of Human Pharmacology and Drug Therapy*, vol. 37, n.º 1, 2017, pp. 1-15. DOI 10.1002/phar.1874.
- GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO y CEBALLOS BEDOYA, MARÍA (eds.). Democracia, justicia y sociedad: diez años de investigación, Bogotá, Antropos y DeJusticia, 2016. Disponible en <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_899.pdf>
- GARRIDO, CRISTINA. Dietas “détox”, una moda sin fundamento, *ABC* (en línea), abril 2014.
- GUTIÉRREZ BERNAL, MAURICIO. *Una mirada constitucional a la obsolescencia programada. Aproximaciones jurídicas a la obsolescencia programada*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 19-42.
- IWEINS, DELPHINE. Avocats: droits de l’Homme des affaires, la nouvelle tendance, *Les Echos*, París, 12 octubre 2018. Disponible en <https://www.lesechos.fr/12/10/2018/lesechos.fr/0302359998310_avocats---droits-de-l-homme-des-affaires--la-nouvelle-tendance.htm>
- JIMÉNEZ VALDERRAMA, FERNANDO. *Derecho de la competencia*, vol. 1, Bogotá, Legis, 2019.
- KHAN, LINA. Amazon’s Antitrust Paradox, *The Yale Law Journal*, vol. 126, n.º 3, 2017, pp. 564-907.
- KLEIN, ALICE y KIAT, HOSEN. Detox diets for toxin elimination and weight management: A critical review of the evidence, *Journal of Human Nutrition and Dietetics*, vol. 28, n.º 6, 2015, pp. 675-686. DOI 10.1111/jhn.12286.
- LE BRETON, DAVID. *El sabor del mundo. Una antropología de los sentidos*, vol. 1, Buenos Aires, Nueva Visión, 2007.
- LEWIS, SOPHIE, THOMAS, SAMANTHA, BLOOD, WARWICK, CASTLE, DAVID, HYDE, JIM y KOMESAROFF, PAUL. ‘Im searching for solutions’: Why are obese individuals turning to the Internet for help and support with being fat?, *Health Expectations*, vol. 14, n.º 4, 2011, pp. 339-350. DOI 10.1111/j.1369-7625.2010.00644.x.

- LÓPEZ-FRANCOS DE BUSTURIA, ANDREA. *Derechos humanos, empresas transnacionales y responsabilidad social empresarial*, vol. 1, Madrid, Fundación Berg Oceana Aufklärung, 2015.
- LUQUE, JORDI. Contra las detas detox y los gurús magufos, *El comidista - El País*, junio 2015.
- MEDINA VERGARA, JAIRO. *Responsabilidad comercial. De las sociedades y de sus vinculados*, vol. 1, Bogotá, Temis, 2015.
- MI-BO, KIM, KO, JEONG-YEON y LIM, SANGBIN. Formulation Optimization of Antioxidant-Rich Juice Powders Based on Experimental Mixture Design, *Journal of Food Processing and Preservation*, vol. 41, n.º 3, 2017, p. e12897.
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Decreto 4886 de 2011 (diciembre 23), *Diario Oficial* 48.294 de 26 de diciembre de 2011. Disponible en <http://www.secretaria-senado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4886_2011.html>
- Ministerio de Desarrollo Económico. Decreto 2153 de 1992 (diciembre 30), *Diario Oficial* 40.704 de 31 de diciembre de 1992, Bogotá, Secretaría del Senado de la República.
- Ministerio de Protección Social. Resolución 5109 de 2005. Disponible en <<https://www.invima.gov.co/resoluciones-en-alimentos/resolucion-005109-2005-pdf/detail.html>>
- Ministerio de Protección Social. Decreto 3249 de 2006 (septiembre 18), *Diario Oficial* 46.395 de 18 de septiembre de 2006. Disponible en <https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_3249_2006.htm>
- Ministerio de Protección Social. Resolución 4150 de 2009 (octubre 30), *Diario Oficial* 47.522 de 3 de noviembre de 2009. Disponible en <<https://www.invima.gov.co/normatividad-sp-510373846/alimentos/resoluciones-alimentos/resoluciones-2009/564-resolucion-4150-noviembre-3-de-2009-.html>>
- Ministerio de Protección Social. Resolución 333 de 2011. Disponible en <<https://www.invima.gov.co/resoluciones-en-alimentos/res-333-de-feb-2011-rotulado-nutricional-pdf/detail.html>>
- MONROY CELY, DANIEL. La calidad de los productos en el marco del estatuto del consumidor en Colombia: aproximación crítica desde la teoría microeconómica, *El derecho del consumo*, vol. 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 61-115.
- MORENO BRICEÑO, DIANA. *La libertad de configuración legislativa: un límite a la interpretación constitucional*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2016.

- NARESH, S. Passing-Off, Goodwill and False Advertising: New Wine in Old Bottles, *The Cambridge Law Journal*, vol. 45, n.º 1, 1986, pp. 97-125. DOI <<https://doi.org/10.1017/S0008197300115788>>
- NEME VILLARREAL, MARTHA. El principio de buena fe contractual en el sistema jurídico colombiano, *Revista de Derecho Privado*, vol. 11, 2006, pp. 79-125. Disponible en <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/575>>
- OBERT, JONATHAN, PEARLMAN, MICHELLE, OBERT, LOUIS y CHAPIN, SARAH. Popular Weight Loss Strategies: A Review of Four Weight Loss Techniques, *Current Gastroenterology Reports*, vol. 19, n.º 12, 2017, pp. 61. DOI 10.1007/s11894-017-0603-8.
- OCDE. *Estudio de la OCDE sobre integridad en Colombia: invirtiendo en integridad pública para afianzar la paz y el desarrollo*, París, Éditions OCDE, 2017. Disponible en <https://read.oecd-ilibrary.org/governance/estudio-de-la-ocde-sobre-integridad-en-colombia_9789264278646-es#page4>
- OECDwatch. *A 4x10 plan for why and how to unlock the potential of the OECD Guidelines (update)*, OECDWatch, 2017. (Consulta: 13 junio 2018). Disponible en <https://www.oecdwatch.org/publications-en/Publication_4303>
- OPS y OMS. *Alimentos y bebidas ultraprocesados en América Latina: tendencias, efecto sobre la obesidad e implicaciones para las políticas públicas*. Washington D.C., Organización Panamericana de la Salud, 2015. Disponible en <https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=11153:ultra-processed-food-and-drink-products&Itemid=1969&lang=es>
- PALACIOS LLERAS, ANDRÉS. El carácter “sui generis” del derecho de la competencia colombiano. En: ALVIAR GARCÍA, HELENA y LAMPREA, EVERALDO (eds.), *El Estado regulador en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2016, pp. 45-74.
- PORTER, MICHAEL y KRAMER, MARK. La creación de valor compartido: cómo reinventar el capitalismo y liberar una oleada de innovación y crecimiento, *Harvard Business Review* (edición América Latina), vol. 89, n.º 1, 2011, pp. 31-49.
- PRESAS MATA, FÁTIMA. La responsabilidad social de los *stakeholders* en la publicidad: necesidad de un compromiso ético en la industria publicitaria, *Methaodos. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 6, n.º 1, 2018, pp. 38-51. DOI <<http://dx.doi.org/10.17502/m.rcs.v6i1.208>>. Disponible en <<http://www.methaodos.org/revista-methaodos/index.php/methaodos/article/viewFile/208/351>>

- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 3466 de 1982. Disponible en <<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2764>>
- RAWLS, JOHN. *Teoría de la justicia*, vol. 2, México, Fondo de Cultura Económica, 1975.
- Resolución 3096 de 2007, Bogotá.
- RESTREPO SALAZAR, JUAN. Apuntes sobre la Responsabilidad Social Empresarial, *Revista de Derecho Privado*, vol. 40, 2008, pp. 2-10. Disponible en <<http://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.%0Aphp?numero=40&tipos=Ensayos%0A>>
- REVENGA FRAUCA, JUAN. El sinsentido de las dietas ‘detox’, *El comidista - El País*, enero 2017.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR. *Investigación anfibia: la investigación-acción en un mundo multimedia*, vol. 2, Bogotá, DeJusticia, 2015.
- ROSE, L. B., POSADZKI, P. y ERNST, E. Spurious claims for health-care products: an experimental approach to evaluating current UK legislation and its implementation, *The Medico-legal Journal*, vol. 80, n.º 1, 2012, pp. 13-18. DOI 10.1258/mlj.2011.011034.
- ROTFELD, HERBERT. Power and Limitations of Media Clearance Practices and Advertising Self-Regulation, *Journal of Public Policy & Marketing*, vol. 11, n.º 2, 1992, pp. 87-95.
- ROZO, VALENTINA. *Sobrepeso y contrapesos. La autorregulación de la industria no es suficiente para proteger a los menores de edad*, Bogotá, Dejusticia, 2017. Disponible en <<https://www.dejusticia.org/publication/sobrepeso-y-contrapesos>>
- RUSSELL, BERTRAND. *Fundamentos de Filosofía*, Barcelona, Plaza & Janés, 1974.
- SÁNCHEZ GARCÍA, MATEO. La obsolescencia programada en las prácticas comerciales y su relación con el régimen de vicios ocultos y garantías de consumo. En: SOTO PIÑEADA, JESÚS (ed.), *Aproximaciones jurídicas a la obsolescencia programada*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 169-197.
- SCHOONEES, A., YOUNG, T. y VOLMINK, J. The advertising of nutritional supplements in South African women’s magazines: A descriptive survey, *South African Journal of Clinical Nutrition*, vol. 26, n.º 2, 2013, pp. 12-18. DOI 10.1080/16070658.2013.11734445.
- SHAVIN, CATIE. Unlocking the Potential of the New OECD Due Diligence Guidance on Responsible Business Conduct, *Business and Human Rights Journal*, vol. 3, n.º 2, 2019, pp. 1-7. DOI: 10.1017/bhj.2018.28. Disponible en : <

bridge.org/core/journals/business-and-human-rights-journal/article/unlocking-the-potential-of-the-new-oced-due-diligence-guidance-on-responsible-business-conduct/6F8067802B30861FAFoE36388EB6313B>

SHINA, FERNANDO. *Daños al consumidor. Análisis de la Ley 1480 de Colombia*, vol. 1, Bogotá, Universidad de la Sabana y Editorial Astrea, 2014.

SIC. *Por publicidad engañosa en promociones y ofertas, Superindustria sanciona a Panamericana. Protección del Consumidor*, 2016. (Consulta: 15 marzo 2019). Disponible en <<http://www.sic.gov.co/noticias/por-publicidad-enganosa-en-promociones-y-ofertas-superindustria-sanciona-a-panamericana>>

SIC. *Protección al consumidor en Colombia. Una aproximación desde la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio*, Bogotá, SIC, 2017. Disponible en <[http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Proteccion_al_Consumidor_en_Colombia_julio27_2017\(1\).pdf](http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Proteccion_al_Consumidor_en_Colombia_julio27_2017(1).pdf)>

SUDJIC, DEYAN. *The Language of Things. Understanding the World of Desirable Objects*. 1. Nueva York, ww Norton & Company, 2009.

United Nations. *Trade promotion and human rights: How States should use economic diplomacy to incentivize business respect for human rights*, Geneva, 2018. Disponible en <<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/ExecutiveSummaryReportEconomicDiplomacy.pdf>>

VAN CALSTER, GEERT. The Role of Private International Law in Corporate Social Responsibility, *Erasmus Law Review*, n.º 3, 2014, pp. 125-133. DOI 10.5553/ELR.000027. Disponible en <http://www.erasmuslawreview.nl/tijdschrift/ELR/2014/3/ELR_2210-2671_2014_007_003_003>

VILLALBA CUÉLLAR, JUAN. Aspectos introductorios al derecho del consumo, *Prolegómenos*, vol. 12, n.º 24, 2009, pp. 77-95. DOI <https://doi.org/10.18359/prole.2481>. Disponible en <<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2481>>

WADDOCK, SANDRA y WETTSTEIN, FLORIAN. Voluntary or mandatory: That is (not) the question: Linking corporate citizenship to human rights obligations for business, *Zeitschrift fuer Wirtschaftsf - und Unternehmensethik*, vol. 6, n.º 3, 2005, pp. 304-320. Disponible en <<https://dlib.bc.edu/islandora/object/bc-ir:101093/datastream/PDF/view>>

ZAPATA DE ARBELÁEZ, ADRIANA. *Gobernabilidad monetaria y financiera internacional: contribución al estudio jurídico de los instrumentos normativos del derecho monetario internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

ANA LIGIA ESPITIA VEGA*

NATHALIA ÁVILA ESCOBAR**

CAPÍTULO 10

*Responsabilidad social empresarial
y Derechos Humanos: el caso de Cerro Matoso
en el Departamento de Córdoba, Colombia*

RESUMEN

Se plantea la relación entre responsabilidad social empresarial y derechos humanos a partir del caso de estudio de la explotación minera de níquel y ferrocobalto en Córdoba, Colombia, por parte de la empresa Cerro Matoso S. A. Se aborda, por tanto, el contexto histórico y geográfico de la explotación minera, las transformaciones históricas en las visiones y acciones de responsabilidad social empresarial por parte de la empresa, las percepciones de las comunidades y las relaciones con el derecho a la salud y con los derechos territoriales de las comunidades étnicas, específicamente con la consulta previa.

Palabras clave: responsabilidad social empresarial, derechos humanos, minería de níquel, departamento de Córdoba, Colombia.

CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY AND HUMAN RIGHTS: THE CASE OF CERRO MATOSO IN THE CORDOBA DEPARTMENT OF COLOMBIA

ABSTRACT

The article addresses the relationship between corporate social responsibility and human rights based on the case of nickel and ferronickel mining by Cerro Matoso S. A. in Córdoba, Colombia. Therefore, the article discusses about the historical and geographical context of the mining exploitation, the historical transformations in the visions and actions of corporate social responsibility, the perceptions of the communities and the relations with the right to health and rights of ethnic communities, such a prior consultation.

Key words: Corporate social responsibility, human rights, nickel mining, Cordoba department of Colombia.

* Abogada de la Universidad del Atlántico. Magíster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia y especialista en Desarrollo Social de la Universidad del Norte. Actualmente trabaja como profesional especializado en la Unidad para las Víctimas en el Departamento de Córdoba. Correo electrónico: <aligia.espitia@unidadvictimas.gov.co>

** Socióloga de la Universidad Externado de Colombia y magíster en geografía de la Universidad Federal de Paraná, Brasil. Actualmente se desempeña como docente del programa de sociología de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: <nathalia.avila@uexternado.edu.co>

INTRODUCCIÓN

Para abordar la relación entre la responsabilidad social empresarial y los derechos humanos en el caso de la explotación minera de Cerro Matoso en el departamento de Córdoba, Colombia, dividiremos el texto en cuatro partes principales: una primera en la que haremos un breve contexto territorial e histórico del proyecto minero; una segunda en la que abordaremos la coyuntura de protesta social en 2012 que significó un cambio sustancial en la forma de concebir la responsabilidad social empresarial, resaltando las discusiones y debates en torno al derecho a la salud y a los derechos étnicos; una tercera en la que expondremos las transformaciones en la responsabilidad social empresarial a partir del año 2013, teniendo en cuenta la percepción que de estas transformaciones tienen las comunidades que habitan en la zona de influencia del proyecto minero y señalando cómo estas transformaciones influyeron en los debates y acciones en torno al derecho a la salud y a los derechos étnicos; y finalmente una cuarta parte en la que realizaremos las consideraciones finales del texto enmarcadas en lo que nos suscita el caso Cerro Matoso respecto a la relación entre responsabilidad social empresarial y derechos humanos.

I. PROYECTO MINERO CERRO MATOSO: EXPLOTACIÓN DE NÍQUEL Y FERRONÍQUEL EN CÓRDOBA

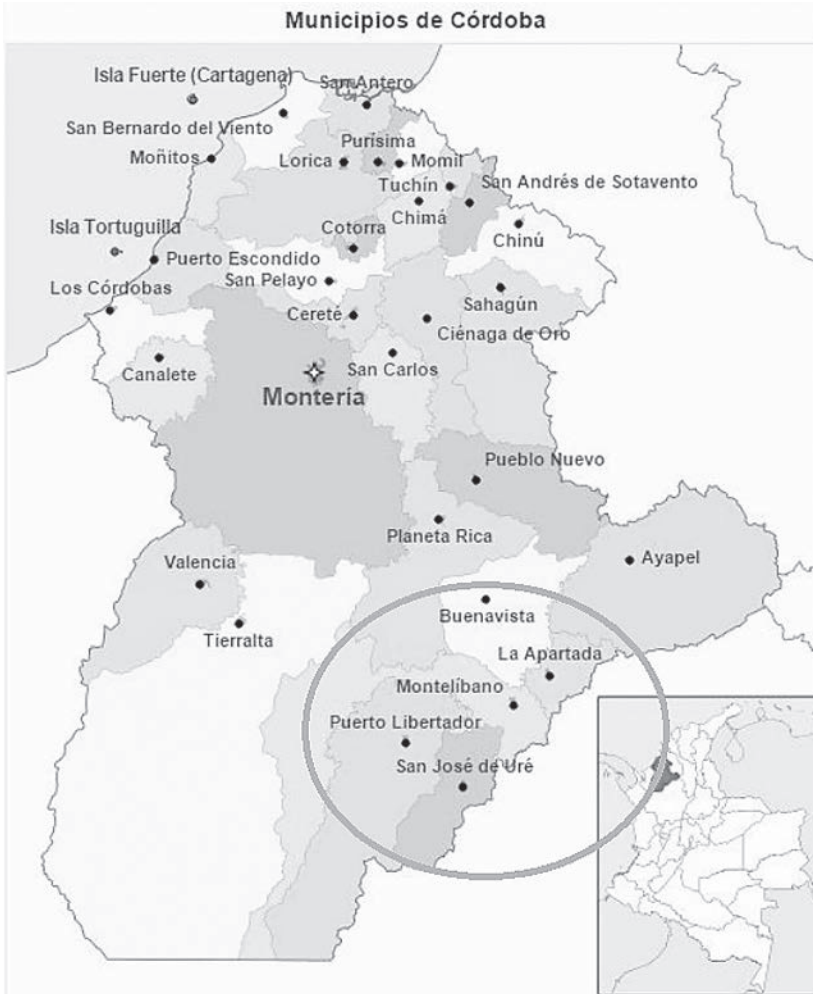
I. I. CONTEXTO TERRITORIAL DE LA REGIÓN DEL ALTO SAN JORGE: MUNICIPIOS DE PUERTO LIBERTADOR, SAN JOSÉ DE URÉ, MONTELÍBANO Y LA APARTADA

La empresa Cerro Matoso S. A. realiza su labor en el departamento de Córdoba, Colombia, que se encuentra ubicado en la amplia llanura del Caribe, entre los valles de los ríos Sinú y San Jorge y entre las serranías de Abibe, San Jerónimo y Ayapel, que se desprenden de la cordillera Occidental en la zona del Parque Nacional Paramillo. Dentro del departamento de Córdoba, la zona de influencia de la explotación minera corresponde a la subregión de San Jorge que cobija los municipios de Montelíbano, Puerto Libertador, San José de Uré y La Apartada¹. El depósito mineral está en tres municipios de esta subregión:

1 Cerro Matoso. Reporte de sostenibilidad, 2012, p. 8. Disponible en <<http://static.globalreporting.org/report-pdfs/2013/67def6b8a76a75e634a2ae55fe0c0752.pdf>>

Montelíbano, Puerto Libertador y San José de Uré y la zona explotada en la actualidad está en Montelíbano y San José de Uré².

FIGURA 1. UBICACIÓN DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA, MUNICIPIOS DE MONTELÍBANO, PUERTO LIBERTADOR, SAN JOSÉ DE URÉ Y LA APARTADA



Fuente: Departamento de Córdoba, Secretaría de Educación (2017).

2 Defensoría del Pueblo. *Informe defensorial: explotación de níquel proyecto Cerro Matoso, Montelíbano, Córdoba*, Bogotá, marzo de 2014, p. 28.

Los municipios de Montelíbano, Puerto Libertador, San José de Uré y La Apartada cuentan actualmente con una extensión de 4.130 km² y con aproximadamente 140 mil habitantes (Montelíbano 83.101 habitantes, Puerto Libertador 49.179 habitantes, San José de Uré 11.172 habitantes y La Apartada 15.482 habitantes)³. Desde 1970 hasta 2010 la población se ha cuadruplicado y presenta una tasa de crecimiento anual del 4 %. Para el año 2009, la mayoría de la población vivía en cascos urbanos (61 %), especialmente en los municipios de Montelíbano y La Apartada, aunque en Puerto Libertador más de la mitad de la población se encontraba aún ubicada en área rural⁴. Además de lo anterior, la subregión de San Jorge cuenta con una diversidad étnica importante: según datos de 2005, el 7,8 % de su población era indígena y el 12,2 % afrodescendiente⁵. De hecho, se encuentran ubicados en esta subregión el Resguardo Indígena Zenú y dos consejos comunitarios: el Consejo Comunitario de San José de Uré y el Consejo Comunitario Bocas de Uré.

Respecto a la economía, esta subregión se caracteriza por las actividades agrícolas, ganaderas y mineras. En relación con la agricultura, en la subregión del Alto San Jorge se encuentran cultivos tradicionales de maíz, algodón, arroz, ñame, yuca, plátano, coco, sorgo y ajonjolí⁶; los cultivos de arroz y yuca tienen una importancia fundamental. La actividad ganadera por su parte “se caracteriza por la poca tecnificación y por ser de carácter extensivo (baja capacidad de carga o bajo número de animales por hectárea)”⁷. La actividad minera ha ocupado un papel relevante desde 1970, cuando inician las explotaciones de níquel (realizadas por Cerro Matoso S. A.) y de carbón (realizadas por Carbones del Caribe S. A., conocido como el proyecto la Guacamaya en el municipio de

3 BOLAÑOS MAJE, DIEGO, GONZÁLEZ SÁNCHEZ, PAULA y REYES BARAHONA, MARÍA. *Análisis de las causas del impacto socio-económico y ambiental de la minería a cielo abierto en la región del alto San Jorge, Córdoba, Colombia: caso Cerro Matoso*, Universidad de la Salle, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Programa de Economía, 2017.

4 VILORIA DE LA HOZ, JOAQUÍN. *El ferroníquel de Cerro Matoso: aspectos económicos de Montelíbano y el Alto San Jorge*, Banco de la República, Centro de Estudios Económicos Regionales (CEER), 2009, p. 14.

5 *Ibid.*, p. 10.

6 Gobernación de Córdoba. *Plan departamental para la gestión del riesgo*, Consejo Departamental para la Gestión del Riesgo, p. 41.

7 BOLAÑOS MAJE *et al.* Ob. cit., p. 39.

Puerto Libertador)⁸. Asimismo, también se presentan actividades de extracción de oro y cobre⁹.

Respecto a las condiciones de vida de la población, esta subregión afronta varias dificultades expresadas en el índice de necesidades básicas insatisfechas (NBI): una cobertura en educación de solo el 27 % de la población (los municipios de Puerto Libertador y San José de Uré presentan los indicadores más críticos con una cobertura en educación del 15 % y con un analfabetismo del 60 % respectivamente); una cobertura de acueducto del 43 % (el municipio de San José de Uré con una cobertura de tan solo el 10 %); un déficit cualitativo de vivienda del 66 % (en el municipio de San José de Uré asciende 96,7 %); y una cobertura de gas domiciliario del 66 %¹⁰. En general puede afirmarse que “en los corregimientos no hay servicio de alcantarillado, hacen vertimiento de aguas residuales al río San Jorge, no hay tratamiento de las aguas residuales [...] varios de los corregimientos no cuentan con centro de salud. No tienen un servicio de transporte que les permita entrar y salir del caserío”¹¹.

Además, hay que resaltar que esta subregión fue el escenario de fuertes enfrentamientos armados. Efectivamente, entre 1982 y 1993 se cometieron 40 masacres, la mayoría en los municipios de Puerto Libertador, Tierralta, Valencia y Canalete donde las víctimas en su mayoría fueron campesinos y en las cuales participaron como victimarios la guerrilla, paramilitares y algunos efectivos de la Policía Nacional y el Ejército¹². Actualmente, el número de víctimas en el marco del conflicto armado en Puerto Libertador asciende a 23.700, en Montelíbano a 33.329, en La Apartada a 3.228 y en San José de Uré a 3.421, para un total de 63.678 víctimas en el Alto San Jorge. Los hechos victimizantes más relevantes son el desplazamiento forzado, amenazas, homicidio

8 Departamento de Córdoba, Contraloría Departamental. *Actividad carbonífera en el municipio de Puerto Libertador, Córdoba*, Informe final de auditoría gubernamental con enfoque integral modalidad especial, año auditado 2009, julio de 2010.

9 BOLAÑOS MAJE *et al.* Ob. cit.

10 *Ibid.*

11 Defensoría del Pueblo. *Informe defensorial: explotación de níquel proyecto Cerro Matoso, Montelíbano, Córdoba*, Bogotá, marzo de 2014, p. 29.

12 CNRR. Grupo de Memoria Histórica. *La tierra en disputa. Memorias de despojo y resistencia campesina en la costa Caribe (1960-2010)*, Ediciones Semana, 2010, p. 103.

y la desaparición forzada¹³, con especial relevancia del desplazamiento forzado (solo en el 2015 fueron sacadas de sus tierras 2.994 personas)¹⁴.

Dentro de este contexto se realiza la explotación minera a cielo abierto de níquel por parte de la empresa Cerro Matoso S. A. Se estima que esta empresa “opera la cuarta mina de níquel a cielo abierto más grande del continente y la cuarta a nivel mundial. Su producción anual es de cuarenta mil (40.000) toneladas de níquel y ferroníquel, su perímetro aproximado es de diecinueve (19) kilómetros y su área de veinticinco (25) kilómetros cuadrados”¹⁵. Con esta mina, Colombia ocupa el primer lugar en la producción de níquel en Suramérica y el tercer lugar de producción de ferroníquel; exporta este mineral principalmente a China, Italia, Países Bajos y Estados Unidos¹⁶.

FIGURA 2. LOCALIZACIÓN SUBREGIÓN DEL ALTO SAN JORGE Y EXPLOTACIÓN MINERA CERRO MATOSO S. A.

PROYECTOS DE INTERÉS NACIONAL Y ESTRATÉGICO (PINE) / CÓRDOBA

Cerro Matoso (Cerro Matoso S.A. South 32)

Municipios: Puerto Libertador, Montelíbano y San José de Uré



Fuente: Ministerio de Minas y Energía, PINE Córdoba (2016).

13 Reporte tomado de la página de la red nacional de información de la Unidad para las Víctimas: <<http://rni.unidadvictimas.gov.co/RUV>>

14 Departamento de Córdoba. *Plan de desarrollo departamental 2016-2019: Unidos por Córdoba*, 2016, p. 73.

15 Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-733 de 2017. M. P. Alberto Rojas Ríos, p. 67.

16 Defensoría del Pueblo. Ob. cit., marzo de 2014, p. 7.

A partir de este breve contexto territorial de los municipios donde se realiza la explotación minera, a continuación realizaremos un contexto histórico de la configuración de la explotación minera y de la empresa Cerro Matoso S. A. en la región.

2. BREVE HISTORIA DE DESCUBRIMIENTO DE NÍQUEL Y DE LA CONFIGURACIÓN DE CERRO MATOSO S. A. EN LA SUBREGIÓN DEL ALTO SAN JORGE

El níquel en la subregión del Alto San Jorge fue descubierto en 1950 por parte de científicos de la compañía Shell, lo que dio inicio a varios conflictos entre las empresas nacionales y multinacionales con el objetivo de recibir la concesión del preciado metal. “En 1956, fueron presentadas al tiempo dos propuestas: una por Santiago C. Gregory, quien representaba un supuesto ‘Grupo Colombiano’, el cual constituía sólo el mascarón de la Trinidad Americana Kaiser Aluminium, Simplot Company y King Resources. La otra, por la Richmond Petroleum of California (hoy Chevron)”¹⁷.

Para 1963, la concesión solicitada bajo el número 866^[18] fue otorgada a Richmond Petroleum Company (hoy Chevron), la cual, al no tener experiencia con el níquel, vinculó a la empresa Hanna Mining Co¹⁹. En 1970, sin embargo, se firma un contrato adicional a la concesión 886, formalizándose la vinculación del Estado como inversionista a través del Instituto de Fomento industrial (IFI), se crea la Compañía de Níquel S. A. Conicol –una compañía constituida por Chevron y Hanna Mining– y entre IFI y Conicol se firma un contrato de operación conjunta.

En 1979, se crea Cerro Matoso S. A. a la cual se une la empresa Billiton²⁰. Por medio de la Resolución 001906 del 16 de julio el Ministerio de Minas y

17 ACOSTA, AMYLKAR. *Cerro Matoso S. A. Itinerario de un zarpaço*. Colección Editorial Pensadores Políticos de Colombia. Cámara de Representantes, Fondo Publicaciones Riohacha, diciembre de 1986, p. 17.

18 De conformidad con el considerando número 9 del otrosí n.º 4 al contrato n.º 051-96M, Cerro Matoso fue titular del contrato de concesión n.º 866, suscrito el 30 de marzo de 1963, para la exploración y explotación de los yacimientos de níquel en un área de 500 hectáreas, en jurisdicción actualmente de los municipios de Montelíbano, San José de Uré y Puerto Libertador, en el departamento de Córdoba, cuyo plazo venció el 30 de septiembre de 2012.

19 LLANO, ADRIANA. *30 años creciendo junto a Colombia - Cerro Matoso*, Villegas Editores, 2013.

20 Frente a ello, sigue AMYLKAR ACOSTA (1986) indicando que “una de las exigencias a que hacemos

Energía autorizó la exploración y explotación conjunta de las áreas de los contratos 866, 967, 972, 1725, 1726, 1727 y 1728. En los años siguientes se inicia la construcción de las instalaciones de Cerro Matoso S. A. que en ese momento ocupó una extensión de 900 hectáreas. “La mina y la planta ocuparon una extensión de 1.170 hectáreas, por lo que fue necesario adquirir 17 fincas, siendo las más grandes Matoso, de 709 hectáreas, y Torno Roto, de 140 hectáreas”²¹.

La planta fue inaugurada en 1982 por el presidente Julio César Turbay Ayala²² y se creó la Fundación San Isidro, hoy Fundación Cerro Matoso²³. Entre 1985 y 1989 se dan algunos cambios; entre ellos, el Ministerio de Minas y Energía y Cerro Matoso S. A. suscriben un acuerdo con el objeto de adoptar una fórmula que permitiera a las partes determinar con mayor precisión los factores que debían tenerse en cuenta para calcular las regalías. La empresa Hanna Mining vende su participación a Conicol, accionista de Cerro Matoso S. A., lo cual dejó a Billiton con el 53 % y al IFI con el 47 % de la propiedad de la empresa²⁴.

En 1996, se firma el contrato de exploración y explotación 051-96M entre el Ministerio de Minas, Mineralco S. A. y Cerro Matoso S. A. y la Empresa Billiton obtiene el 98 % de la propiedad de Cerro Matoso S.A²⁵. Posteriormente,

alusión se refiere al requisito *sine qua non* impuesto por las entidades financieras internacionales de la suscripción de un contrato de ventas a largo plazo por un 750/0 al menos de la producción, que garantice la viabilidad económica del proyecto. De este modo un contrato de ventas por 12 años abrió de par en par las puertas del proyecto para participar como accionista a Billiton Overseas Ltda., una subsidiaria del Grupo Royal Dutch Shell, la cual ingreso con un 350/0 de capital, al tiempo que la Hanna queda convertida en socio minoritario, pero sin soltar la manija, circunstancia esta que le permitirá ‘sufrir’ sonriendo. El ingreso de la Billiton levanta otras de las limitaciones que impedían la consecución de la financiación. También exigen las entidades financieras se disponga de un contrato de asistencia técnica con una firma de experiencia en el campo del níquel. Esto último le viene como anillo al dedo a la Hanna. Así surge Cerro Matoso S. A. (CMSA), con la participación del IFI a través de su subsidiaria Econíquel Ltda. (45%), Billiton Overseas Ltda., del Grupo Royal Duth Shell (35 %) y Conicol S. A., subsidiaria de The Hanna Mining (20 %)”.

21 Defensoría del Pueblo. Ob. cit., marzo de 2014, p. 6.

22 LLANO, ADRIANA. Ob. cit., p. 33.

23 Ver explicación del cambio en la página web <<http://www.fundacioncerromatoso.org/index.php/quienes>>

24 LLANO, ADRIANA. Ob. cit.

25 “El contrato de exploración y explotación n.º 051-96M fue suscrito el 13 de noviembre de 1996 entre Mineralco S. A. y Cerro Matoso S. A., como un contrato de gran minería para la exploración y explotación del níquel y otros minerales asociados o en liga íntima, en una parte

se firma la prórroga de 5 años pactada en la cláusula trigésima del Contrato Adicional del Contrato 866 y, en consecuencia, la fecha de terminación común de los contratos de concesión 866 y 1727 quedó unificada en el 1.º de octubre del 2012^[26]. En 2007, se suscribe el otrosí n.º 2 al contrato de exploración y explotación 051-96M entre Ingeominas y Cerro Matoso S. A. con el fin de incluir la exploración, el montaje y la explotación del carbón.

En resumen, los derechos de extracción de níquel para la compañía Cerro Matoso S. A. fueron adjudicados mediante los contratos 866 (1963) y 1727 (1970) cuyo vencimiento ocurrió en septiembre de 2012. Posteriormente, se firmó el contrato de aporte 051-96M de 1996 que incluye mayores áreas. En él se determinó que, una vez vencidos los contratos 866 y 1727, las áreas de estos y sus derechos de explotación se incorporarían inmediatamente al contrato 051-96M, el cual tiene como término inicial de vencimiento el año 2029 y una opción de una prórroga contractual hasta 2044.

De esta manera, el 27 de diciembre de 2012 se suscribió entre la Agencia Nacional de Minería y la Sociedad Cerro Matoso S. A. el otrosí n.º 4 del contrato de exploración y explotación en virtud de aporte 051-96, por medio del cual se renegó el contrato, actualizándolo y modificándolo, estableciendo una prórroga por 15 años más, “es decir, hasta el 1.º de agosto de 2044; sin embargo, se trata de una prórroga sujeta a una condición que consiste en que la empresa aumente la capacidad de procesamiento del mineral. Si en un término de diez (10) años, contados a partir de la inscripción del otrosí en el registro minero, Cerro Matoso no incrementa la capacidad de procesamiento del mineral de 3 millones de toneladas por año a 4,5 millones de toneladas, el contrato terminará el 1.º de agosto de 2029”²⁷.

El otrosí n.º 4 y la consiguiente prórroga generaron una coyuntura que se extenderá hasta el año 2015, en la que desde varios sectores se cuestiona fuertemente la presencia y los impactos de la explotación minera en la región, época en la cual también se realiza la escisión de la empresa Billiton para South32, cuya matriz se encuentra en Australia, y que es propietaria actual de Cerro

del área del Aporte Minero n.º 20853 que el Ministerio de Minas y Energía había otorgado a Mineralco S. A.”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Augusto Hernández Becerra, Bogotá, D. C., 25 de septiembre de 2012. Radicación 11001-03-06-000-2012-00079-00(2122). Disponible en <[http://190.24.134.67/documentos/boletines/111/11001-03-06-000-2012-00079-00\(2122\).pdf](http://190.24.134.67/documentos/boletines/111/11001-03-06-000-2012-00079-00(2122).pdf)>

26 *Ibid.*

27 Defensoría del Pueblo. Ob. cit., marzo de 2014, p. 18.

Matoso S. A.²⁸. Todo lo anterior tuvo como consecuencia la transformación del enfoque de responsabilidad social empresarial de Cerro Matoso S. A., lo que abordaremos a continuación.

3. LA PROTESTA SOCIAL EN 2012: DEBATES EN TORNO AL DERECHO A LA SALUD Y A LOS DERECHOS ÉTNICOS (CONSULTA PREVIA)

Entre el 2013 y el 2015 se presentaron varias protestas sociales y se interpusieron tutelas debido a la prorrogación del contrato de concesión en el año 2012 y a los impactos de la explotación minera de Cerro Matoso S. A. En este periodo surgieron varios debates alrededor de la pertinencia del proyecto minero, tanto regionales como nacionales, que finalmente tuvieron como resultado la transformación en las políticas de responsabilidad social empresarial de la empresa Cerro Matoso S. A.

El debate comenzó con un informe de la Contraloría en el que se señaló que se debía revocar el contrato y realizar los ajustes necesarios, pues las modificaciones realizadas en el otrosí n.º 4 al contrato 051-96M iban en contravía de los intereses del Estado, la seguridad jurídica y la presunción de legalidad de los actos administrativos. Dicho informe también destacaba cuatro aspectos en donde existen irregularidades: la vigencia de la licencia ambiental, la aplicación de normas derogadas, la consulta previa y la reversión de bienes acordada en los anteriores contratos (866 y 1727)²⁹. En general, este informe especial de

28 Tomado de la página web de la revista *Dinero*: “BHP Billiton, la minera más grande del mundo y dueña de Cerro Matoso, prepara una escisión de sus activos de aluminio, carbón, manganeso, níquel y plata para crear una nueva compañía que se llamará South32, nombre que refleja el hecho de que sus principales operaciones estarán en el hemisferio sur. Como resultado, Cerro Matoso pasará a formar parte de South32, que tendrá su casa matriz en Australia y activos de US\$26.700 millones. Cerro Matoso se destaca por tener una alta capacidad de producción de ferromanganeso y su operación es conocida por su rentabilidad, pues los yacimientos que explota están en un área relativamente pequeña, con capas gruesas del metal”.

29 Destaca el informe realizado bajo la dirección del investigador social Jorge Luis Garay Salamanca que el otrosí n.º 4 también presenta unas irregularidades en materia del inventario de bienes de los contratos 866 y 1727, en los cuales, al no realizarse dicho inventario en cumplimiento de la norma que así obligaba, se atenta contra los bienes de la nación y el principio de equidad. También tiene lugar la revisión y ajustes de lo relacionado con explotación del hierro en liga íntima con el níquel donde se señala la falta de conocimiento del Estado frente a la explotación del hierro y la solicitud de cobrar las regalías por los beneficios obtenidos por este mineral. Se revisan además los temas de las actividades de exploración, manejo de la canga, causales de

la Contraloría prendió las alarmas en el sector político de la región y a escala nacional, pues se registró una presión por parte de algunos congresistas para que se declarara la nulidad del contrato, amparados en la violación de derechos colectivos, ya que según los expertos el contrato atentaba contra la moralidad administrativa y lesionaba gravemente el patrimonio público.

Las notas de prensa de diarios nacionales y extranjeros dan cuenta del debate nacional que se generó en el país en virtud de la prórroga del contrato de Cerro Matoso S. A. en el año 2012³⁰. Los primeros temas de debate se basaron en las regalías y la inversión social. Algunos medios, como la revista *Semana*, señalaban que, según algunos congresistas, Cerro Matoso S. A. había tenido que pagar en 2011 a la nación la suma de 35.000 millones que adeudaba entre 2003 y 2011, por haber descontado del pago de regalías la construcción de una carretera, escuelas, entre otras obligaciones contractuales que no son deducibles del pago de este tributo³¹.

En medio de esta controversia, la Agencia Nacional Minera en sus comunicados de prensa sustentaba y aclaraba la legalidad del contrato y sus beneficios para la economía del país:

Nuevas condiciones del contrato Cerro Matoso amplían la vida útil del único proyecto de níquel en el país, aseguran el flujo de recursos adicionales, la estabilidad laboral en la región y la obligatoriedad de efectuar nuevas inversiones en lo social y ambiental [...] Con el acuerdo alcanzado con Cerro Matoso ganan el país y las regiones. Por primera vez un contrato minero establece obligaciones a la empresa en inversión social, ambiental y laboral. Los planes sociales serán compatibles con los planes y programas de desarrollo nacional, regional y local³².

caducidad, condiciones de auditoría, canon superficiario, producción mínima exigida y reserva de la información. SALAMANCA, LUIS. *Minería en Colombia. Control público, memoria y justicia socio-ecológica, movimientos sociales y posconflicto*, Contraloría General de la República de Colombia, julio 2014, p. 243.

30 Ver también las noticias sobre el asunto: <<http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/noticias/congresistas-critican-prorroga-contrato-cerro-matoso>>; <<http://www.eluniversal.com.co/economica/cerro-matoso-en-la-mira-del-congreso-131900>>, <<http://www.senado.gov.co/sala-de-prensa/senadores-noticias/item/14616-contrato-de-cerro-matoso-es-lesivo-para-el-pais>>, <<http://www.eltiempo.com/noticias/cerro-matoso>>

31 Ver *Semana*: <<http://www.semana.com/nacion/articulo/polemica-prorroga-cerro-matoso/330059->>

32 Ver Agencia Nacional Minera: <https://www.anm.gov.co/?q=Documento_Soporte_Cerro-Matoso> (pp. 51-52).

Desatada esta controversia nacional y luego de varios seguimientos, investigaciones y discusiones en torno a la prórroga de la concesión, en 2013 se realiza un primer bloqueo a la mina por parte de los indígenas de la etnia Zenú, en la vía que conduce de Montelíbano a Cerro Matoso, lo que ocasionó un paro de actividades. Mediante este bloqueo los indígenas solicitaban: “i.) Reparación por parte de la empresa Cerro Matoso por los daños ocasionados desde hace 35 años a estos pueblos que se encuentran asentados alrededor de la explotación minera y ii.) Participación a través de diálogos y concertaciones con la empresa, sobre los nuevos proyectos”³³.

A la par se realizaron otras acciones por parte de las comunidades: una revocatoria directa, dos acciones de tutela y una denuncia penal. En la primera acción la comunidad indígena Zenú del Alto de San Jorge y el Consejo Comunitario de San José de Uré solicitan la revocatoria directa de la licencia ambiental de Cerro Matoso S. A., así como la caducidad del título, dados los continuos incumplimientos ambientales por parte de la empresa. Por su parte, en la primera acción de tutela interpuesta en 2013, el cacique indígena Israel Aguilar Solano en representación del grupo étnico indígena Zenú del alto San Jorge, señalaba la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la propiedad colectiva, a la participación y a la integridad étnica, cultural, social y económica, y exigía una indemnización a la comunidad por 20 años con una cuantía que garantizará su supervivencia física y de las futuras generaciones. En la segunda acción de tutela, Javier Martín Rubio Rodríguez solicita que se le amparen sus derechos fundamentales a la salud, al ambiente sano y a la consulta previa. Finalmente, en la denuncia penal las comunidades señalaban los daños ocasionados en los recursos naturales por la contaminación ambiental³⁴.

Producto de estas movilizaciones y acciones de tutela, se constituye una mesa de diálogo con el gobierno nacional, la empresa y las autoridades étnicas. Seguidamente, se logran acuerdos parciales con la comunidad indígena y la comunidad afrodescendiente. Efectivamente,

El 29 de octubre de 2013 se suscribió el “Acta de Entendimiento para la Convivencia y para la promoción del desarrollo sostenible de las Comunidades ubicadas dentro del área de influencia directa de la operación Cerro Matoso S. A., entre las comunidades indígenas, la Empresa Cerro Matoso y el Gobierno Nacional

33 Defensoría del Pueblo. Ob. cit., marzo de 2014, p. 39.

34 *Ibid.*, pp. 38-39.

(Ministerio de Minas y Energía, Agencia Nacional Minera, Ministerio de Salud y Autoridad Nacional de Licencias Ambientales)”³⁵.

Sin embargo, en 2014 y 2015 continúan las demandas contra Cerro Matoso S.A. por parte de las comunidades y las discusiones frente a la concesión y las licencias ambientales. Además, se agudizan las protestas laborales por parte de los sindicalistas³⁶.

A partir de lo anterior, podemos ver cómo la responsabilidad social ha realizado un tránsito importante, pasa de ser una actividad de beneficencia social y se establece en una obligación consignada en el contrato de concesión; pero también, en una necesidad de la misma empresa por mejorar las relaciones con una comunidad organizada que reclama sus derechos, con una comunidad de afectados e interesados. En ese proceso, la relación responsabilidad social y derechos humanos se hace evidente no sólo por el desarrollo de acciones de respeto por parte de la empresa hacia los derechos fundamentales de las comunidades afectadas por la intervención, por la construcción de metodologías y planes de trabajo en derechos humanos sino también por el proceso de luchas y exigencias de las mismas comunidades por la reparación.

A continuación resaltaremos dos temas que fueron claves en los debates generados en esta coyuntura y que nos permiten tener un panorama de la transformación en las políticas de responsabilidad social empresarial de la empresa Cerro Matoso S. A. y de su relación con los derechos humanos: los debates en torno al derecho a la salud y a los derechos étnicos, especialmente la consulta previa.

3. I. DEBATES EN TORNO AL DERECHO A LA SALUD

Uno de los temas que más generaron polémica en esta coyuntura fue el de afectaciones a la salud. La defensoría del pueblo afirmaba en 2012 que

algunas comunidades próximas a la mina y a la planta se quejan por los impactos sobre la salud que les ocasiona la actividad minera e industrial, principalmente

³⁵ *Ibid.*, p. 40.

³⁶ Ver *El Tiempo*. Tensión laboral en la mina de Cerro Matoso, en Córdoba. La empresa dispuso de una nueva jornada laboral en el área de mantenimiento. Disponible en <<http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/mina-de-niquel-de-cerro-matoso-cambiar-horarios-de-labores/14816579>>

por la contaminación del aire y de las aguas [...] se presenta en la región un gran número de enfermos con deformaciones y al parecer hay un alto porcentaje de población con cáncer. Se le atribuyen las enfermedades a la contaminación del aire, el agua. Incluso se dice que se presentan enfermedades de las que antes no se tenía conocimiento [...] los problemas de salud más comúnmente señalados refieren a abortos, rasquiñas en la piel, enfermedades respiratorias³⁷.

Efectivamente, según el líder indígena Israel Aguilar, se han presentado múltiples casos de abortos naturales y enfermedades cancerígenas en varios miembros de la comunidad³⁸. De hecho, la afectación más importante que resaltaba y resalta el Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge son las afectaciones en la salud por causa de la contaminación³⁹.

Por su parte, las comunidades negras de San José de Uré afirmaban:

Ellos [la empresa] están diciendo que no hay contaminación, pero acá entre Puente Uré, Bocas de Uré, Torno Rojo, Centro América y Flecha están muriendo tres y cuatro personas mensualmente por cáncer debido a la contaminación del Cerro [...] ellos saben que su operación da cáncer en las personas [...] los trabajadores los envían a su propio sistema de salud en donde no hacen los diagnósticos reales y cuando ellos van a otra entidad de salud les dicen que su vida está en riesgo⁴⁰.

A todo lo anterior se agrega la publicación de varios estudios realizados por investigadores de la revista *Semana* y del diario *El Tiempo* en los que se establece una posible relación entre graves afectaciones en la salud de los pobladores y de las comunidades vecinas a la mina de Cerro Matoso S.A y la contaminación producida por la explotación. Según estudios realizados por *Semana*,

37 Defensoría del Pueblo. Ob cit., marzo de 2014, pp. 28-35.

38 Ver *El Espectador* en <<http://www.elespectador.com/noticias/economia/cerro-matoso-nos-esta-matando-articulo-409715>>

39 Entrevista a líder del Resguardo Zenú, Alto San Jorge, 22 de enero de 2017, Montería, Córdoba. Archivos de la investigación: ESPITIA, ANA LIGIA. *Cerro Matoso y los derechos humanos: un análisis desde la responsabilidad social*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Maestría en Derecho con énfasis en Derechos Humanos y Democratización, 2017.

40 Grupo focal con el Consejo de Comunidades Negras de San José de Uré, 2017. Archivos de la investigación: ESPITIA, ANA LIGIA. *Cerro Matoso y los derechos humanos: un análisis desde la responsabilidad social*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Maestría en Derecho con énfasis en Derechos Humanos y Democratización, Bogotá Colombia, 2017.

Los pobladores dicen que aguantan el dolor con estoicismo. Aquí no hay un puesto de salud, ni alcantarillado, ni siquiera agua pura para lavar las heridas. Carecen de cualquier servicio público. “La mayoría de mis 120 alumnos viven a diario con rasquiñas y gripas interminables”, dice Eleidis Romero, la profesora de la escuela San Luis. Un estudio de la Universidad de Antioquia, que ha hecho exámenes médicos, dirigido al director de relaciones laborales de la empresa, dice: “Es importante observar que las mediciones ambientales realizadas presentan un nivel superior al permisible”⁴¹.

La empresa, por su parte, aseguraba que no existían estudios que demostraran la relación entre las enfermedades de la población y la explotación de níquel en Córdoba, “no existe evidencia científica alguna que establezca una relación de causalidad entre los problemas de salud que pueda haber en las comunidades y la operación de Cerro Matoso S. A.”⁴². La empresa afirmaba también la existencia de una condición genética en la región que influía en las enfermedades respiratorias y de la piel y que el níquel de Cerro Matoso no era soluble, es decir, no pasaba a la sangre. Además de lo anterior, la empresa afirmaba tener una cobertura de 3.000 personas al año en su IPS lo que según Cerro Matoso S. A. garantizaba el atendimento en salud a la población de la zona de influencia de la explotación minera⁴³.

Al respecto de la contaminación la empresa afirma: “Las emisiones al aire de Cerro Matoso S. A. no tienen impacto en la calidad del aire de las comunidades vecinas toda vez que la calidad del aire en las comunidades alrededor de Cerro Matoso S. A. es igual o mejor a la de cualquier poblado rural de Colombia”. En sentido similar, se pronuncia en relación con el agua: “Cerro Matoso S. A. no contamina ninguna fuente de agua. Las mediciones realizadas y verificadas por las autoridades ambientales, demuestran que la calidad del agua de las quebradas (Uré y El Tigre) aguas abajo de su paso alrededor de la operación de Cerro Matoso S. A. es similar, y en ocasiones incluso mejor, que las de aguas arriba, debido al adecuado control y tratamiento que la Compañía realiza de sus vertimientos de aguas residuales”⁴⁴.

41 *Semana*. Cerro Matoso: mina rica, pueblo pobre, 8 de abril de 2012. Disponible en <<https://www.semana.com/nacion/articulo/cerro-matoso-mina-rica-pueblo-pobre/262408-3>>

42 Corte Constitucional. Ob. cit., p. 446.

43 Defensoría del Pueblo. Ob. cit., marzo de 2014, p. 35.

44 Corte Constitucional. Ob. cit., p. 446.

Dada esta controversia alrededor de los efectos en la salud de la explotación minera, la defensoría del pueblo en el año 2012 llamó la atención sobre la cláusula vigésima octava del otrosí n.º 4 en la que “se indica que Cerro Matoso se compromete a realizar los estudios para establecer si existe una relación entre las enfermedades de la zona y la operación de la mina”, estudio que, según esta entidad, debía ser realizado por instituciones del Estado con el objetivo de garantizar la imparcialidad⁴⁵.

A partir de lo anterior, podemos observar a grandes rasgos la controversia generada alrededor del derecho a la salud de las comunidades en la zona de influencia de la explotación de Cerro Matoso S. A. Por un lado, las comunidades señalaban los graves efectos en la salud de la explotación minera, afirmaciones apoyadas por investigaciones hechas por parte de la prensa nacional y, por otro lado, la empresa asegura la inexistencia de estudios que comprueben estas afirmaciones. La realización de los estudios, así como la relación entre salud y explotación minera de níquel en Córdoba, será uno de los puntos principales en la transformación en las políticas de responsabilidad social empresarial y su relación con los derechos humanos, como lo abordaremos adelante.

3.2. DEBATES EN TORNO A LOS DERECHOS ÉTNICOS: LA CONSULTA PREVIA

Otro de los puntos primordiales en la relación Cerro Matoso S.A y derechos humanos, son los derechos étnicos, ya que existen 13 comunidades étnicas dentro de la zona de influencia de la empresa de las cuales 7 son cabildos indígenas y 2 consejos comunitarios de comunidades negras. Debido a la cercanía de estas comunidades con el proyecto minero, se han presentado problemáticas relacionadas con la consulta previa y el territorio ancestral que han tenido como protagonistas al Resguardo indígena Zenú del Alto San Jorge y a los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras de Bocas de Uré y de San José de Uré.

El Resguardo indígena Zenú es una comunidad conformada por 56 cabildos, 3.500 familias y 16.952 personas. El proceso organizativo de estas comunidades comienza en 1998 con la conformación de cabildos locales y la posterior solicitud de constitución de resguardo con el objetivo de viabilizar sus exigencias en relación con su derecho al territorio. El Incodec finalmente constituye el resguardo en 2014, 17 años después de radicada la primera solicitud, en un

45 Defensoría del Pueblo. Ob. cit., marzo de 2014, pp. 22-23.

área 960 hectáreas⁴⁶, por medio del “Acuerdo número 336 del 27 de mayo de 2014 del Incoder, mediante el cual se constituye el Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge. El Resguardo comprende siete (7) predios del Fondo Nacional Agrario, cuya área total superficiaria es de 960 hectáreas y 1813 metros cuadrados, localizado en zona rural de los municipios de Puerto Libertador y Montelíbano, Departamento de Córdoba”⁴⁷.

El Consejo Comunitario San José de Uré fue legalizado el 2 de noviembre de 2002, mediante la resolución n.º 0005 del Ministerio del Interior. Según esta comunidad el palenque de Uré está reconocido históricamente desde mediados del siglo XV y comienzos del siglo XVI, más exactamente en el año 1598. Desde su legalización formal en el año 2002, el Consejo Comunitario viene trabajando por el rescate y fortalecimiento de la cultura, los derechos y el empoderamiento como pueblo afro⁴⁸. Este consejo se encuentra “integrado por 592 personas, integradas en 348 familias”⁴⁹, en una extensión de 476 hectáreas⁵⁰.

Por su parte, el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Boca de Uré fue conformado y registrado ante el Ministerio del Interior en junio de 2013. El corregimiento de Boca de Uré está localizado en zona rural del municipio de San José de Uré, limita al norte con el río San Jorge y la parcela San Diego, al sur con el Municipio de San José de Uré, al occidente con la hacienda La Coquera y con la quebrada de Uré. Hasta el año 2007 fue corregimiento de Montelíbano⁵¹.

La problemática fundamental que resaltan estas comunidades es el no reconocimiento por parte de la empresa como comunidades indígenas y afrodescendientes con presencia en la zona de influencia: “La empresa afirmaba que no había indígenas en su zona”⁵²; además de las afectaciones por la limi-

46 Cinep, Programa por la Paz. *Tierra y territorio en el Departamento de Córdoba en el escenario de postconflicto*, marzo de 2016.

47 Corte Constitucional. Ob. cit., p. 36.

48 Tomado de la *Reseña del Palanque San Jose de Uré*, elaborada por el propio Consejo Comunitario de San Jose de Uré.

49 Corte Constitucional. Ob. cit., p. 77.

50 Defensoría del Pueblo. Ob. cit., marzo de 2014, p. 33.

51 Tomado del Ejercicio de recuperación histórica de la comunidad de Boca de Uré, San José de Uré, departamento de Córdoba. Laureano Marcelo y la comunidad de Boca de Uré. Facilitadora: Carolina Ortiz, SAYS-CMSA. Proceso facilitado por la empresa Cerro Matoso S. A.

52 Entrevista a líder del Resguardo Zenú Alto San Jorge, 22 de enero de 2017, Montería, Córdoba. Archivos de la investigación: ESPITIA, ANA LIGIA. *Cerro Matoso y los derechos humanos*:

tación en el uso y goce de la tierra y las afectaciones en el suelo y subsuelo que inciden en sus proyectos de vida.

Al no ser reconocidas, existían deficiencias en su derecho a la consulta previa como lo expresó también la Contraloría al afirmar que era uno de los aspectos con más irregularidades en el proyecto minero. De hecho, uno de los temas principales de las dos tutela presentadas en 2013 por parte de las comunidades étnicas, era su derecho a la consulta previa como “derecho fundamental que tienen las comunidades étnicas de ser consultadas de manera precedente a la aprobación o implementación de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”⁵³.

En respuesta a estas acciones de tutela la empresa afirmaba:

Las actividades mineras desarrolladas por Cerro Matoso S. A., al ser anteriores incluso a la adopción del Convenio 169 de la OIT, con efectos vinculantes a partir de la expedición y publicación de la ley 21 de 1991, de un lado hace imposible la materialización de la pretensión de los accionantes de que se realice una consulta “previa”. De otra parte, en gracia de discusión, resulta llamativo que el otrosí número cuatro, y no ninguno de los contratos estatales válidamente celebrados y ejecutados, sea el que hoy según los accionantes se erige como fuente de vulneración del derecho a la consulta previa buscando persuadir erróneamente al juez constitucional de que se trata en el fondo de una nueva relación jurídico contractual y no, como en estricto rigor lo es, de la continuación de una situación jurídica preexistente, donde el hecho principal es la persistencia de la operación minero-industrial iniciada hace casi 31 años⁵⁴.

De esta forma, el debate en torno a los derechos étnicos se concentraba en el reconocimiento de las comunidades de la zona de influencia de la explotación minera como comunidades étnicas, debate que se encontraba relacionado con la fecha de constitución legal de los territorios étnicos, tanto afrodescendientes como indígenas, que se otorgó efectivamente por parte del Estado en los años 2002, 2013 y 2014 respectivamente, es decir, cerca de 31 años después de iniciada la explotación por parte de la empresa Cerro Matoso S. A. Por tanto, la discusión principal giraba, por un lado, entorno a la pertinencia del

un análisis desde la responsabilidad social, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Maestría en Derecho con énfasis en Derechos Humanos y Democratización, 2017.

53 Corte Constitucional. Ob. cit., p. 181.

54 *Ibid.*, p. 22.

procedimiento de consulta previa, ya que no sería “previa” en relación con la fecha de inicio de las actividades mineras y, por otro lado, en torno a la viabilidad jurídica de este procedimiento en relación con la firma del otrosí n.º 4 del contrato 051-96M que implicaba una prórroga en la concesión.

A partir de los debates generados en esta coyuntura de protesta social en 2012, a continuación, abordaremos las transformaciones en la responsabilidad social empresarial que implicó esta coyuntura, las percepciones de las comunidades sobre estas transformaciones y su influencia en estos dos puntos centrales de debate: el derecho a la salud de las comunidades y los derechos étnicos específicamente la consulta previa.

4. TRANSFORMACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL: LECCIONES APRENDIDAS POR CERRO MATOSO S. A.

Luego de las lecciones aprendidas en los últimos años y principalmente luego de la difícil situación de protesta social del año 2012, la empresa ajustó su modelo de responsabilidad social, la forma de relacionamiento con las comunidades y la estrategia de comunicación. Afirman los funcionarios que este modelo de diálogo empezó a ejecutarse desde el segundo semestre del año 2013, principalmente con las comunidades indígenas, afrodescendientes y campesinas. Durante su desarrollo también estuvieron presentes representantes del Estado a través de las administraciones locales, departamentales y nacionales. De la misma manera, ha contado con agentes internacionales, como la Oficina de Naciones Unidas en Colombia, y con la participación la Defensoría del Pueblo y de la Diócesis de Montelíbano. En el reporte de sostenibilidad del año 2014 se indica que se desarrollaron 159 mesas o comités en donde se hacía seguimiento al acta de entendimiento con las comunidades firmada en el año 2013.

La cláusula vigésima octava del último contrato firmado por el proyecto minero⁵⁵ obliga a la empresa Cerro Matoso S. A. a la *gestión social*, indicándole,

55 Otrosí n.º 4 al contrato 051-96M; apartes de la cláusula rezan: “1. Cerro Matoso continuará adelantando sus programas de responsabilidad social, de acuerdo con las mejores prácticas de la industria; ya sea directamente o a través de una(s) fundación (es). Las acciones de responsabilidad social que adelantara serán definidas teniendo en cuenta los planes de desarrollo adoptados por los municipios del área de influencia directa de su operación y/o los planes de Gobierno Nacional para dicha región, identificando las necesidades particulares de esta última y ejecutadas con plena autonomía por Cerro Matoso, y estarán encaminadas a la disminución

entre otras cosas, los programas de responsabilidad social que debe ejecutar, la inversión económica para ese propósito y especialmente los planes y reportes de sostenibilidad que debe diseñar, estos últimos con el objetivo de revisar el cumplimiento de la inversión social realizada. Estos reportes son elaborados bajo la metodología de Global Reporting Initiative (GRI) y publicados en la página web de la Fundación Cerro Matoso⁵⁶.

Efectivamente, es en el reporte de sostenibilidad del año 2013^[57] donde la empresa resalta por un lado el momento de la “crisis social” (paros, cierres y la protesta social) originada por las exigencias y reclamos de los trabajadores y la comunidad étnica vecina de la zona, y por otro lado las alianzas y los mecanismos que fueron utilizados para mejorar la situación de la cual se destaca el acta de entendimiento con las comunidades. En general la empresa Cerro Matoso hace un análisis de los hechos que causaron la crisis de la empresa, entre los que menciona: la percepción negativa del nuevo contrato de concesión; la demanda por afectaciones de salud; las denuncias de la Contraloría General de la Nación; y los cuestionamientos a la inversión social y quejas de la comunidad indígena Zenú. Estos hechos fueron analizados en términos de “aprendizajes” y “acciones” que significaron importantes transformaciones al interior de su política de relacionamiento con las comunidades y de la gestión social.

En el marco de estas transformaciones la empresa estableció como fundamento de su responsabilidad social seis temas⁵⁸ y logros especiales que describen así:

1. Desarrollo comunitario: entendido como una forma de contribución al desarrollo territorial de manera articulada con las comunidades de la zona de intervención, las autoridades y organismos garantes.

de la pobreza y/o el mejoramiento de los indicadores claves de las calidades de vida (como, por ejemplo, salud, educación, generación de ingresos), así como a la generación de capacidad empresarial y/o al fortalecimiento de los gobiernos locales, entre otros. [...] Para efectos de evidenciar el cumplimiento de lo previsto en el presente numeral (1), Cerro Matoso presentará a la *autoridad minera* antes del 31 de octubre de cada año calendario un reporte de su desempeño en responsabilidad social del año inmediatamente anterior, siguiendo para ello los estándares internacionales para reportes de sostenibilidad”. (Cursiva nuestra).

56 Ver página web <www.fundacioncerromatoso.org>

57 Reporte de sostenibilidad de Cerro Matoso 2013: <<http://www.fundacioncerromatoso.org/index.php/cerro-matoso/reporte-de-sostenibilidad-2013>>

58 Tomado del documento presentado por el encargado de responsabilidad social de Cerro Matoso al Premio Portafolio 2015.

2. Gobierno de la organización: comprendido como un modelo de responsabilidad social que se incorpora en los planes de cada unidad de negocio y en los Balance ScoreCard de cada empleado. Incluye también la creación de un comité de responsabilidad social liderado por el presidente de la empresa y que se reúne varias veces al año.

3. Derechos Humanos: frente a este tema, la empresa resalta el fortalecimiento de riesgos sociales y del entorno. Subraya el mecanismo de quejas de comunidad con el estándar del ICMMI40^[59].

4. Nuestra gente: señalan que la empresa Cerro Matoso mantuvo el 63 % de empleados directos y el 75 de indirectos de personas originarias del departamento de Córdoba⁶⁰.

5. Gestión ambiental: entiende la empresa que varios de los logros de responsabilidad social tienen que ver con el tema ambiental, pues muchos de los debates sociales giran en torno a la idea de la contaminación. Por ello destacan que: - Se culminó la implementación del sistema de limpieza de gases de la línea 1 que permite la reducción de la emisión de material particulado. - En gestión del Agua, mantuvo el reciclaje de agua en un 95% y la calidad de los vertimientos en la quebrada el Tigre y Uré. - La siembra de 17 mil árboles nativos alrededor de la operación, conservación de 1000 hectáreas y 70 hectáreas

59 “El Consejo Internacional de Minería y Metales (ICMM, por su sigla en inglés) es una organización liderada por directores ejecutivos de la industria y dedicada al desarrollo sustentable. ICMM reúne a muchas de las empresas de minería y metales líderes en el mundo, así como asociaciones regionales, nacionales y de *commodities*. Dichas empresas y asociaciones están comprometidas a mejorar su rendimiento en el desarrollo sustentable y la producción responsable de los recursos de minerales y metales que necesita la sociedad. La visión de ICMM consiste en una industria viable de minería, minerales y metales, ampliamente reconocida como fundamental para la vida moderna y un contribuyente clave del desarrollo sustentable. La misión del ICMM es doble: por un lado, destacar a sus miembros como líderes de la industria y, por el otro, contribuir a elevar los estándares de la industria en su conjunto. Sus empresas miembros han acordado formalmente implementar el marco de desarrollo sustentable del ICMM, que se compone de tres elementos: un conjunto de 10 principios, la presentación de memorias de sostenibilidad y la certificación independiente. Además, las empresas miembros deben cumplir con las políticas relacionadas con diversos temas fundamentales aprobadas por el Consejo”. Fuente: <<http://hub.icmm.com/languages/espanol>>

60 También informan que la empresa cuenta con un programa de voluntariado corporativo, Matched Giving Program, y un banco del tiempo en donde los empleados aportan dinero y horas de trabajo en organizaciones sociales de la región. Se destacan las becas para educación superior. Ver <<http://www.fundacioncerromatoso.org/index.php/plan-apoyo-educativo>>

de la zona urbana como parque ecológico. – Actividades de monitoreo ambiental con la participación de las comunidades rurales del área de influencia.

6. Cadena de Suministro: desde el 2013 se implementó una estrategia que implica lo siguiente: a) Suministro de Córdoba \$83.899 millones para 2014; b) elaboración e implementación de planes de responsabilidad social con 22 contratistas locales y seguimiento; c) evaluación en Derechos Humanos para 26 contratistas utilizando la metodología de Pacto Global; d) desempeño en auditoría RUC del 87% en los aspectos de seguridad, salud, ambiente y comunidad; e) implementación de cinco iniciativas de responsabilidad social en alianza con Cerro Matoso que beneficiaron a empleados contratistas, familias y personal de las comunidades de influencia.

Junto con esto seis temas, la transformación en la responsabilidad social empresarial se basó también en el acuerdo con las comunidades firmado en 2013 y en dos grandes proyectos: la Alianza por lo Social para el Alto San Jorge y el “Proyecto Legado”.

La Alianza por lo Social para el Alto San Jorge

En el mes de noviembre de 2013 la empresa Cerro Matoso firma un convenio con el Departamento para la Prosperidad Social denominado “Alianza por lo Social”, con el objetivo de cumplir con la cláusula que lo obliga a realizar una inversión de 10 millones de dólares. La alianza busca también sumar la oferta social del Estado en la región del Alto San Jorge en el departamento de Córdoba. Algunos de estos programas son: la construcción de un centro de desarrollo infantil, bibliotecas públicas, el centro de formación del SENA, el fortalecimiento a instituciones educativas rurales, entre otros⁶¹.

El “Proyecto Legado”

Tiene como objetivo principal generar capacidades en las comunidades para que terminada la operación de la empresa Cerro Matoso S. A. existan opciones económicas sostenibles. Esta iniciativa, que se construyó en alianza con el Estado y la comunidad, debe incidir en la determinación de la vocación económica de la región. Tiene esta iniciativa dos puntos básicos: el desarrollo

61 Cerro Matoso. Reporte de sostenibilidad 2013, p. 40.

económico y la educación. Es por ello que se han potenciado el programa de becas de educación superior y la construcción de la sede del SENA⁶².

El Acta de entendimiento con las comunidades

El 29 de octubre de 2013 se firmó el Acta de Entendimiento para la Convivencia y la Promoción del Desarrollo Sostenible de las Comunidades ubicadas en el área de influencia de la mina. Los compromisos asumidos tienen como objetivo principal: contribuir al desarrollo sostenible de las comunidades con proyectos sociales de corto y largo plazo, y lograr la convivencia y la participación con los comités de trabajo en cada comunidad y mesas de seguimiento. Estos compromisos deben ejecutarse antes del año 2019 y se entenderán dentro del marco de la obligación de inversión social del Contrato de Concesión 051, participan también los cabildos indígenas de la zona.

A partir de lo anterior, podemos ver cómo luego de la coyuntura de 2012 se transformaron las políticas de responsabilidad social empresarial de Cerro Matoso S. A., desarrollando seis temas, dos grandes proyectos y el acuerdo con las comunidades firmado en 2013. A continuación nos acercaremos a las percepciones que las comunidades étnicas tienen sobre estas transformaciones en la responsabilidad social empresarial.

4.1. POSICIONES DE LAS COMUNIDADES ÉTNICAS FRENTE AL CAMBIO EN LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL DE CERRO MATOSO S. A.

A partir de estas transformaciones en la responsabilidad social empresarial las comunidades étnicas tienen varias perspectivas. Para el Consejo Comunitario de Bocas de Uré la responsabilidad social de la empresa Cerro Matoso, después del año 2013, ha permitido el desarrollo local y de sus comunidades, el cumplimiento de los compromisos de inversión social y ha transformado positivamente el entorno:

Con respecto a los compromisos que ha asumido la empresa Cerro Matoso en materia de responsabilidad social en este momento estamos a punto de iniciar el estudio de salud ambiental con todas las comunidades, ha hecho el mejoramiento

62 Cerro Matoso. Reporte de sostenibilidad 2015, p. 49.

de vivienda, mejoramiento de suministro de agua para las escuela, suministros para el centro de salud en Bocas de Uré, vinculación de personal no calificado en las empresas contratistas, saneamiento básico, calidad educativa y becas, nos han capacitado como líderes y se viene participando en una mesa de seguimiento cada cuatro meses⁶³.

Ante la pregunta sobre los derechos humanos, el Consejo Comunitario resalta los procesos de formación en participación ciudadana, regalías y veedurías, indicando que esas acciones, por parte de la empresa los ha “influenciado positivamente”. Así mismo, este Consejo Comunitario reconoce como problemática en la “cuestión de derechos humanos” las denuncias y protestas de las otras comunidades étnicas y trabajadores de la empresa, resaltando que la empresa los ha venido resolviendo favorablemente con el diálogo y la articulación institucional. Enuncian como prueba de ello la compra del lote donde se construye la sede de los consejos comunitarios, como el de San José de Uré.

Para la máxima autoridad del Resguardo Zenú del Alto San Jorge, representante de 7 comunidades indígenas, la responsabilidad social después de las “marchas pacíficas” del año 2013 ha dado un giro importante en la empresa Cerro Matoso: el “acta de entendimiento con las comunidades” ha sido el inicio de un diálogo importante entre la empresa y las comunidades. Principalmente le ha permitido a la empresa mitigar el daño ocasionado a la comunidad indígena presente en la zona, pues, en primer lugar, la ha reconocido como autoridad tradicional y ha empezado a entender su cosmogonía y su relación con la tierra, “antes de 2013 éramos invisibles para la empresa, ahora nos reunimos con el presidente y el vicepresidente de la empresa como iguales.”⁶⁴ Resaltan además los procesos de formación que ha tenido la comunidad indígena y que han sido financiados por la empresa Cerro Matoso S. A. en temas como derechos humanos, mecanismos de exigibilidad, liderazgo y justicia propia.

Afirman además que la empresa Cerro Matoso S. A. está haciendo un esfuerzo en mejorar las relaciones empresa - habitante y esto se ha visto reflejado en el lenguaje, en el discurso y en las prácticas de desarrollo como el “proyecto legado”. Esta comunidad indígena valora el aprendizaje y lo reconoce como bilateral: “los encargados de la empresa han aprendido de nosotros y nosotros

63 Entrevista a líder del Consejo Comunitario de Bocas de Uré, 22 de enero de 2017, San José de Uré, Córdoba. Archivos de la investigación: ESPITIA, LIGIA. *Cerro Matoso y los derechos humanos: un análisis desde la responsabilidad social*, cit.

64 *Ibid.*

hemos aprendido de la empresa, ellos nos enseñan de las nuevas tecnologías nosotros le enseñamos de los permisos a la madre tierra”⁶⁵.

Por otra parte, el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré tiene una visión mucho más compleja de la responsabilidad social, de los derechos humanos y de la labor realizada por la empresa Cerro Matoso S. A. Si bien reconocen los nuevos escenarios de diálogo y negociación generados luego de las protestas sociales y cierres de la mina en el año 2012 consideran que son “*pañitos de agua tibia*” frente al daño ambiental y social que ha generado la mina. “Antes del acta de entendimiento del 2013 la empresa nos anestesiaba con sus cursillos y capacitaciones y no hacia inversión social, además no cumplió con lo que se pactó en un acuerdo del año 89”⁶⁶.

Detallan que en el acta de entendimiento quedaron unos compromisos con su comunidad que han sido desarrollados con muchas discusiones y debates: “Cuando nos fuimos a la vía de hecho en el 2013 y nos tomamos la mina, luego en el acta de entendimiento Cerro Matoso se comprometió –por exigencia de nosotros mismos– hacer y comprar un lote para nuestra casa sede y becas, pero sólo aceptó la casa sede”. “Lo que nos preocupa de esa acta es que las cosas se hacen a la fuerza [...] para comprar el lote de la sede fue todo un show”. “Nosotros como consejo comunitario nos sentimos discriminados porque no han cumplido a cabalidad con los compromisos del acta y todo se ha dado con muchas discusiones y no hemos visto el desarrollo real de nuestra comunidad”⁶⁷.

Señalan, por otra parte, que la empresa Cerro Matoso S. A. ha liderado, con el fin de mitigar el impacto en la zona, una jornada de siembra de árboles, pero dicha reforestación lo hace en las mismas fincas que ellos están comprando para continuar la explotación. Manifiestan que ellos no han recibido capacitación en derechos humanos por parte de la empresa, pero consideran que la empresa viola el derecho fundamental a la vida, a la consulta previa de los pueblos y al trabajo: “ellos saben que su operación da cáncer en las personas”⁶⁸.

Exponen que se han generado divisiones con el otro Consejo Comunitario de Bocas de Uré, pues consideran que tanto la empresa Cerro Matoso S.A como el ente municipal han utilizado ese otro consejo comunitario para

65 *Ibid.*

66 Grupo focal con el Consejo de Comunidades Negras de San José de Uré, 2017. Archivos de la investigación: ESPITIA, LIGIA. *Cerro Matoso y los derechos humanos: un análisis desde la responsabilidad social*, cit.

67 *Ibid.*

68 *Ibid.*

dividirlos a todos y debilitarlos en la exigibilidad de sus derechos. “En Bocas de Uré los contentan con capacitaciones y proyectos de gallinas ponedoras que no solucionan los problemas reales que ha causado la mina”⁶⁹. Este Consejo Comunitario cree que Cerro Matoso debe trabajar con todas las autoridades de la zona de influencia directa o indirecta de la misma manera y cumplir con lo pactado en el acta de entendimiento, sin que ello genere divisiones en los procesos comunitarios.

A partir de las percepciones de la comunidad, unas valorando más la transformación en las prácticas de responsabilidad social empresarial por parte de Cerro Matoso S. A. y otras más críticas de este proceso, a continuación, exponemos brevemente el impacto de las transformaciones en la responsabilidad social empresarial en la garantía a los derechos a la salud y a los derechos étnicos, especialmente la consulta previa.

5. TRANSFORMACIONES EN LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y DERECHO A LA SALUD

Uno de los temas más importantes en el marco de las transformaciones en la responsabilidad social empresarial continúa siendo el tema de las afectaciones en la salud de la explotación minera. Efectivamente después de las protestas de 2012, y teniendo como marco la cláusula vigésima octava del otrosí n.º 4, la empresa se comprometió a otorgar los recursos para la realización de un estudio que estableciera la relación entre la operación de la mina y las enfermedades que se presentan en la zona.

Sin embargo, este estudio aún no se ha realizado. Según la empresa, “desde 2013, a través del Ministerio de Salud, se han intentado dar inicio a un estudio de salud ambiental con la Organización Panamericana de la Salud de las Naciones Unidas que dé claridad sobre los determinantes de la salud de las comunidades cercanas a la operación industrial de Cerro Matoso”⁷⁰. En 2014 y según declaraciones de la subdirección de salud ambiental del Ministerio de Salud y protección social, ya se encontraba elaborada una propuesta de los términos de referencia en los que se basaría el estudio que determinará “cuáles

69 *Ibid.*

70 Ver: revista *Dinero*. No hay sustento técnico-científico en decisión de la Corte Constitucional, según Cerro Matoso, 14 de noviembre de 2018. Disponible en <<https://www.dinero.com/empresas/articulo/cerro-matoso-responde-al-fallo-de-corte-constitucional/257340>>

son los factores que inciden en el deterioro de la calidad de vida y de las poblaciones asentadas en los alrededores de la mina y qué tipo de relación tiene con la actividad directa de la multinacional”⁷¹. En la actualidad, no existe claridad sobre las razones y/o inconvenientes presentados que impiden la realización de dicho estudio, lo que ha conllevado a que el debate sobre los efectos en la salud de la explotación minera continúe vigente.

De hecho, uno de los temas centrales de la sentencia T-733 de 2017 (sentencia de la Corte Constitucional que responde a los fallos de las tutelas interpuestas por las comunidades en 2013)⁷² son los efectos en la salud de la explotación minera. En el marco de esta sentencia el Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses realiza entre 2015 y 2016 el “Estudio Pericial de Exposición a Níquel en las Comunidades Indígenas y Afrocolombianas de los Municipios de Montelíbano, San José de Uré y Puerto Libertador, Departamento de Córdoba” que sirvió como base para el dictamen final de la Corte Constitucional.

En dicho estudio, por un lado, se resalta la existencia de diversas problemáticas de salud en la región relacionadas con afecciones dermatológicas, con “la presencia de diferentes manifestaciones irritativas en la vía aérea superior (laringe, faringe, boca y fosas nasales) y la mucosa ocular”⁷³ y con graves alteraciones pulmonares ligadas a padecimientos como cáncer de pulmón y tuberculosis. Según la Corte Constitucional:

71 Ver: periódico *La Razón*. En marzo de 2015 inicia estudio para determinar impacto de la actividad minera de Cerro Matoso en comunidades aledañas, 2014. Disponible en <<https://larazon.co/region/en-marzo-de-2015-inicia-estudio-para-determinar-impacto-de-la-actividad-minera-de-cerro-matoso-en-comunidades-aledanas>>

72 “Bogotá D. C., 15 de diciembre de 2017. La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Diana Fajardo Rivera, así como el magistrado Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, ha proferido la siguiente sentencia, en el proceso de revisión de los fallos de amparo proferidos: (i) el 15 de julio de 2013 en instancia única por el Tribunal Superior de Montería, Sala Penal, mediante la cual decidió no tutelar los derechos fundamentales del señor Javier Rubio Rodríguez (Expediente T-4.126.294); y (ii) el 16 de diciembre de 2013, por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por medio de la cual confirmó el fallo de primera instancia emitido el 31 de julio de 2013 por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo Cundinamarca, por el cual fue negado el amparo solicitado por los señores Israel Manuel Aguilar Solano y Luis Hernán Jacobo (Expediente T-4.298.584)”.

73 Corte Constitucional. Ob. cit, p. 302.

La revisión detalla de los diversos hallazgos descritos permite corroborar las denuncias de los accionantes, respecto a las múltiples afecciones que padecen quienes habitan en cercanías del complejo minero. Contrario a lo sostenido por parte de la empresa Cerro Matoso S. A., existe una delicada situación de salud pública en la zona, la cual se caracteriza por graves enfermedades cutáneas, pulmonares, oculares, entre otras⁷⁴.

Por otro lado, el estudio también se pronuncia respecto a los niveles de níquel en muestras de sangre y orina obtenidas en la región, “la revisión bibliográfica en torno a la toxicología del níquel revela que los niveles obtenidos en el muestreo tanto en sangre como en orina (pero especialmente en orina) están por encima de los datos arrojados por estudios llevados a cabo a nivel mundial, incluso para estudios ocupacionales realizados en trabajadores con exposición crónica al níquel”⁷⁵, lo que según la Corte Constitucional demuestra “que las cantidades de níquel hallados en la orina y sangre de los pacientes están por encima de los niveles detectados en cualquier parte del mundo”⁷⁶. Finalmente, en base a los resultados de este estudio la Corte ordena a la empresa Cerro Matoso S. A. “brindar atención integral y permanente a las personas que se encuentren registradas en los censos del Ministerio del Interior como integrantes de las comunidades Bocas de Uré, Centro América, Guacarí-La Odisea, Pueblo Flecha, Puente Uré, Puerto Colombia, Torno Rojo así como del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré”⁷⁷, así como pagar por perjuicios causados a los miembros de estas comunidades.

Sin embargo, en opinión de la empresa Cerro Matoso S. A. el estudio realizado es interpretado de manera errónea por parte de la Corte Constitucional “ya que en el reporte no se estableció una relación de causalidad directa entre las afectaciones encontradas en la población y la operación de Cerro Matoso, y que hay otros factores que claramente están impactando la salud de los pobladores”⁷⁸, reafirmando su posición en la que “no hay pruebas que

74 *Ibid.*, p. 303.

75 *Ibid.*, p. 156.

76 *Ibid.*, p. 156.

77 *Ibid.*, p. 436.

78 Revista *Dinero*. No hay sustento técnico-científico en decisión de la Corte Constitucional, según Cerro Matoso, 4 de noviembre de 2018.

comprueben una relación directa entre las afectaciones a la salud de personas de la comunidad que coexisten en torno a la compañía y las operaciones de la misma”⁷⁹.

Por su parte, las comunidades continúan afirmando que una de las problemáticas más importantes de la explotación minera es la contaminación y sus efectos en la salud.

Cerro Matoso se le demanda por el daño ambiental que está en la región [...] Cerro Matoso en uno de los estándares ambientales dice que está cumpliendo todo, pero el daño ambiental a la salud, hay una cantidad de gente que ha muerto en el territorio con cáncer pulmonar en diferentes partes, han salido niños deformados [...] la misma medicina legal va y hace este estudio a las comunidades y da este diagnóstico [...] luego de eso la Corte dicta la sentencia que sí, que las comunidades le ganan la tutela a Cerro Matoso por daño ambiental a la salud y es lo que hoy en día estamos debatiendo⁸⁰.

Podemos observar que el debate por el derecho a la salud continúa y que las transformaciones a partir del año 2012 en la responsabilidad social empresarial, si bien han mejorado la relación entre las comunidades y la empresa y han dado importantes pasos en mejorar la calidad de vida de las comunidades, no han dado una respuesta completa a la problemática de la salud, principalmente porque aún no es clara la relación entre las enfermedades presentadas en la región y la actividad minera de Cerro Matoso S. A.

6. TRANSFORMACIONES EN LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y CONSULTA PREVIA

Una de las transformaciones más importantes después del 2012 en la responsabilidad social empresarial, fue el reconocimiento como comunidades étnicas a las comunidades de la zona de influencia de la operación de Cerro Matoso S. A. El acta con las comunidades firmada en 2013 es el primer hito en la transformación de este relacionamiento. Pero esta transformación también se evidenció en la realización de consultas previa por parte de Cerro Matoso S. A.

79 *Ibid.*

80 Entrevista a Darly Rojas, líder indígena de la comunidad Centroamérica del municipio Puerto Libertador, 24 de agosto de 2018.

Antes de la coyuntura de protesta en el año 2012, las comunidades no eran reconocidas como comunidades étnicas por parte de Cerro Matoso S.A, debido a que no tenían el reconocimiento legal como comunidades étnicas por parte del Estado, obtenido en los años 2002, 2013 y 2014. La empresa también sustentaba la no realización de consultas previas, debido a que la operación minera había comenzado antes incluso de la adopción del convenio 169 de la OIT por parte del Estado Colombiano, perdiendo por tanto su carácter de previa.

A pesar de estos argumentos, después del acta de entendimiento con las comunidades, la empresa comienza a realizar consultas previas. Específicamente, se tiene información de la realización de una consulta previa con las comunidades indígenas Zenú de Centroamérica y Puerto Uré en el año 2015 por la expansión minera La Esmeralda. Según la empresa,

como resultado de un trabajo conjunto entre la comunidad indígena Zenú de Centro América y el equipo de Cerro Matoso, se protocolizaron los acuerdos de consulta previa para el proyecto de expansión minera “La Esmeralda”. La intensa participación de las autoridades, de la comunidad indígena de Centro América, corregimiento de Puerto Libertador y el equipo de la Empresa, hicieron posible este logro, que en su gestión aseguró el diálogo y permitió la comprensión del proyecto, de sus implicaciones y beneficios. Con base en estos fundamentos se diseñaron y concertaron medidas de manejo que constituyen la base fundamental del acuerdo alcanzado. Dichas medidas son las herramientas que garantizarán el respeto a los derechos de dicha comunidad, el fortalecimiento de su autonomía y la protección de su cultura y valores en el marco de la ejecución. Para Cerro Matoso el haber protocolizado las consultas previas con las parcialidades indígenas Zenú de Puente Uré y Centro América constituye la continuación y el fortalecimiento del diálogo social que actualmente adelanta con sus vecinos, proveyendo nuevas alternativas para asegurar su sostenibilidad y la de la operación.⁸¹

Efectivamente, la realización de consultas previas es vista por parte de las comunidades como una buena práctica de responsabilidad social y derechos humanos, “el proceso de Consulta Previa ha sido uno de los cambios positivos en la intervención de la empresa y es la respuesta de mitigación de los daños sociales, políticos y económicos que por 30 años hicieron a nuestras comunidades

81 Obtenido del sitio web oficial de Cerro Matoso S. A.: <<http://www.fundacioncerromatoso.org/index.php/noticias/168-protocolizada-consulta-previa-con-comunidad-de-centro-america-para-el-proyecto-de-expansion-minera-la-esmeralda>>

y que son irreversibles”⁸². “Los pueblos indígenas tenemos ese derecho universalmente y ratificado por Colombia desde hace muchos años, pero en nuestra comunidad no se había materializado, pero después de nuestras protestas; es decir, sólo desde el año 2013 la empresa ha empezado a respetarlo”⁸³.

Sin embargo, las comunidades también reconocen falencias en este proceso:

Para la expansión minera la Esmeralda fue la comunidad, con Puente de Uré, a las cuales se les realizó la consulta previa, en el marco de la expansión minera la Esmeralda donde hay un pequeño nacimiento de níquel en los predios del antiguo Montevideo [...] más la comunidad de Tono Rojo, Odisea, Pueblo flecha, Puerto Colombia y Bocas de Uré nunca han tenido la posibilidad de tener una consulta previa ni por daños ambientales ni por expansión minera a pesar de que están digamos más cerca de la mina [...] nunca se han sentado a hacer un proceso de consulta previa con ellos⁸⁴.

De esta manera, el punto principal que se encuentra actualmente en debate y que se evidencia en la sentencia T-733 de 2017, ya no es solamente si se realiza la consulta previa o no, sino como se realiza, qué es lo que se está consultado y cuáles son las comunidades que se incluyen en estos procesos. Así, en la sentencia el punto central de debate es si se debió consultar la prórroga del proyecto minero en su conjunto, es decir, el otrosí n.º 4 al contrato 051-96M y si se debió incluir a todas las comunidades de la zona de influencia en dicho proceso.

Según la empresa, no es necesario someter a consulta previa el otrosí n.º 4 al contrato 051-96M, “ya que se trata de una prórroga que no implica afectación alguna ni la puesta en marcha de un nuevo proyecto”⁸⁵ y que las “actividades mencionadas se han venido desarrollando desde 1982, momento en el cual no se había reconocido el derecho fundamental a la consulta previa y ni siquiera se había promulgado la Constitución Política de 1991”⁸⁶. En la visión de la Corte estas consideraciones asumen “que la protección del derecho fundamental a la consulta previa sólo procede frente al inicio o creación de

82 Entrevista a líder del Resguardo Zenú Alto San Jorge, 22 de enero de 2017, Montería, Córdoba. Archivos de la investigación.

83 *Ibid.*

84 Entrevista a Darly Rojas, líder indígena de la comunidad Centroamérica del municipio Puerto Libertador, 24 de agosto de 2018.

85 Corte Constitucional. Ob. cit., p. 180.

86 *Ibid.*, p. 211.

una nueva medida administrativa, y que no tiene lugar si aquélla se encuentra vigente”⁸⁷, afirmando que el derecho a la consulta previa procede también en proyectos que ya han venido ejecutándose en el tiempo pero que han sufrido modificaciones importantes.

Para la Corte Constitucional el otrosí n.º 4 al contrato 051-96M sí es una modificación jurídica y económica sustancial, debido a que “se modificó el objeto mismo del negocio jurídico, al incluir seiscientos ochenta y seis (686) hectáreas al área neta contratada, producto de la incorporación de los terrenos que cubrían los contratos de concesión 866 y 1727, y que justamente, abarcaban las únicas hectáreas en las cuales se realizaban actividades de explotación minera como tal”⁸⁸, por lo que es “una medida susceptible de afectar de manera directa a las comunidades indígenas y afrodescendientes que se encuentran en la zona de influencia de las actividades de Cerro Matoso S. A., y como tal, debió contar con la participación de estos pueblos mediante un proceso de consulta previa”⁸⁹.

Efectivamente la corte ordenó realizar este proceso de consulta previa, el cual se está llevando a cabo actualmente. A diciembre de 2018 se dio cierre a la etapa de preconsulta, existiendo actualmente acuerdos en la ruta metodológica que permitirá dar inicio en enero de 2019 a las ocho consultas mencionadas por la Corte Constitucional. Según la revista *Semana*, “el cierre de la etapa preconsultiva facilitó que la compañía y siete gobernadores indígenas, líderes del área de influencia, firmaran nuevos acuerdos. Estos consolidarán las inversiones sociales pactadas a finales de 2017, que, por voluntad mutua, entraron en fase de estudio mientras se definían los temas referentes a la sentencia T-733 de 2017”⁹⁰.

A partir del recorrido anterior, podemos decir que efectivamente, a partir de las transformaciones en la responsabilidad social empresarial, sí ha existido un cambio sustancial en el reconocimiento de las comunidades indígenas y afrodescendientes de la zona de influencia de la explotación minera y de sus derechos, especialmente a la consulta previa. Sin embargo, el punto actual

87 *Ibid.*

88 *Ibid.*, p. 225.

89 *Ibid.*, p. 226.

90 Revista *Semana*. En enero arrancará consulta previa en el Alto San Jorge, 16 de diciembre de 2018. Disponible en <<https://www.semana.com/hablan-las-marcas/articulo/en-enero-arrancara-consulta-previa-en-el-alto-san-jorge/594832>>

de debate es sobre qué es objeto de consulta, cómo se realiza la consulta, qué acuerdos pueden alcanzarse y quiénes son las comunidades consultadas.

CONCLUSIONES

A partir de lo abordado, señalaremos algunos puntos cruciales que nos suscita la relación entre responsabilidad social empresarial y derechos humanos en el caso de la explotación minera de níquel por parte de Cerro Matoso S. A. en el departamento de Córdoba, Colombia:

- Es la movilización social de las comunidades organizadas y empoderadas la que genera cambios y transformaciones importantes en materia de derechos humanos. En el caso de Cerro Matoso se evidencia, claramente, que no basta con la disposición normativa contenida en un contrato de concesión sobre un monto de dinero específico para la inversión social. Las evaluaciones en riesgos para derechos humanos, los desarrollos de una buena práctica en consulta previa, los diálogos sociales y la inversión social obligatoria destinada a cumplir con medidas reparadoras a comunidades étnicas y que han sido desarrolladas por la empresa Cerro Matoso fueron posibles luego de la reflexión sobre los impactos sociales y ambientales de la explotación minera y su consecuente efecto en la aprobación social de la empresa por parte de las comunidades. La fuerza que hoy tiene la aprobación social sigue siendo la herramienta principal que garantiza una relación efectiva entre la responsabilidad social y los derechos humanos.

- Efectivamente, la transformación en la responsabilidad social empresarial generada a partir del 2012 ha producido varios impactos positivos en la calidad de vida de las comunidades de la zona de influencia de Cerro Matoso, como lo afirman algunas de las comunidades, quienes resaltan como buenas prácticas los diálogos sociales, el reconocimiento de las autoridades étnicas, la consulta previa, los apoyos económicos en proyectos sociales y productivos y los apoyos educativos. Sin embargo, otras comunidades tienen una percepción distinta y abiertamente contradictoria con la empresa frente a la inversión en proyectos de desarrollo económico en la zona. Se discute la efectividad y la sostenibilidad en el tiempo de estos proyectos y de los otros programas sociales, así como su eficiencia en el bienestar de las comunidades. También se cuestionan algunas posturas cerradas al diálogo abierto y fluido sobre los derechos humanos por parte de la empresa, especialmente frente a temas como la contaminación ambiental y las afectaciones a la salud.

- La transformación de la responsabilidad social empresarial, si bien tiene como uno de sus pilares los derechos humanos y si bien ha partido del diálogo y del reconocimiento de las comunidades étnicas, ha tenido como foco fundamental la inversión social en programas socioeconómicos, es decir, la inversión en medidas como la construcción de infraestructura o la ejecución de proyectos productivos y ambientales para la comunidad, dejando de lado el universo de deberes que exige un enfoque basado en derechos humanos, como se evidenció en la relación con el derecho a la salud y a la consulta previa. Se observa cómo, respecto al derecho a la salud, la responsabilidad social empresarial ha avanzado poco en determinar la relación entre las condiciones de salud de las comunidades de la zona de influencia y la explotación minera; y en términos de consulta previa, si bien se ha avanzado significativamente, se evidenció también la necesidad de ahondar en las discusiones frente a qué es objeto de consulta, quiénes deben consultarse y cómo se genera este proceso con el objetivo de garantizar los derechos territoriales de las comunidades étnicas.

- No podemos negar que la transformación en el enfoque de la responsabilidad social empresarial haya generado una cultura fuerte de revisión y compromiso con los derechos humanos, y que sea quizás, hoy día, el enfoque que ha facilitado la revisión y cumplimiento de estos. Sin embargo, pudo observarse cómo dicho enfoque en el caso de Cerro Matoso solo comenzó a partir del año 2012, es decir, 31 años después de iniciada la explotación minera, lo que ha generado importantes vacíos en la relación entre la responsabilidad social y los derechos humanos que aún son objeto de debate y que vale la pena seguir revisando y construyendo. Sabemos que la responsabilidad social no es auténtica responsabilidad si ignora o si es indiferente a los derechos humanos y que estos deben ser la base de una idea de responsabilidad social válida y coherente.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA, AMYLKAR. *Cerro Matoso S. A. Itinerario de un zarpazo*. Colección Editorial Pensadores Políticos de Colombia, Cámara de Representantes, Fondo Publicaciones Riohacha, diciembre 1986.

BOLAÑOS MAJE, DIEGO, GONZÁLEZ SÁNCHEZ, PAULA y REYES BARAHONA, MARÍA. *Análisis de las causas del impacto socio-económico y ambiental de la minería a cielo abierto en la región del alto San Jorge, Córdoba, Colombia: caso Cerro Matoso*, Universidad de la Salle, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Programa de Economía, 2017.

Cerro Matoso. Reporte de sostenibilidad, 2012.

Cerro Matoso. Reporte de sostenibilidad, 2013.

Cerro Matoso. Reporte de sostenibilidad, 2015.

CNRR. Grupo de Memoria Histórica. *La tierra en disputa. Memorias de despojo y resistencia campesina en la costa Caribe (1960-2010)*, Ediciones Semana, 2010.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Augusto Hernández Becerra. Bogotá, D.C., Sentencia del 25 de septiembre de 2012.

Cinep, Programa por la Paz. *Tierra y Territorio en el Departamento de Córdoba en el escenario de postconflicto*, marzo de 2016.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-733 de 2017. M. P. Alberto Rojas Ríos.

Defensoría del Pueblo. *Informe defensorial: explotación de níquel proyecto Cerro Matoso, Montelíbano, Córdoba*, Bogotá, marzo de 2014.

Departamento de Córdoba, Contraloría Departamental. *Actividad carbonífera en el municipio de Puerto Libertador, Córdoba. Informe final de auditoría gubernamental con enfoque integral modalidad especial, año auditado 2009*, julio de 2010.

Departamento de Córdoba. *Plan de desarrollo departamental 2016-2019: Unidos por Córdoba*, 2016, p. 73.

Gobernación de Córdoba. *Plan departamental para la gestión del riesgo*, Consejo Departamental para la Gestión del Riesgo, p. 41.

LLANO, ADRIANA. *30 años creciendo junto a Colombia - Cerro Matoso*, Bogotá, Villegas Editores, 2013.

SALAMANCA, LUIS. *Minería en Colombia. Control público, memoria y justicia socio-ecológica, movimientos sociales y posconflicto*, Contraloría General de la República de Colombia, julio 2014.

VILORIA DE LA HOZ, JOAQUÍN. *El ferróniquel de Cerro Matoso: aspectos económicos de Montelíbano y el Alto San Jorge*, Banco de la República, Centro de Estudios Económicos Regionales (CEER), 2009.

HÉCTOR WIESNER LEÓN*

CAPÍTULO I I

*La actividad empresarial en los conflictos armados
y su influencia en los Derechos Humanos:
comentarios al caso colombiano*

RESUMEN

La relación entre la actividad empresarial y el goce efectivo de los derechos humanos jamás ha sido pacífica. A lo largo de la historia se ha visto cómo intereses económicos son tenidos por contrarios e incompatibles con los derechos humanos, situación que ha derivado en numerosos y acalorados debates. Específicamente en el caso colombiano es evidente que la actividad económica ha alimentado constantemente el conflicto armado, ya que los intereses de las empresas, tanto nacionales como extranjeras que operan en Colombia, están íntimamente ligados a la tierra. Es por lo que ciertas empresas que han operado dentro de las fronteras colombianas se han visto involucradas en acusaciones, y en algunos casos en condenas, que las vinculan con actores armados del conflicto que han cometido graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. Por otro lado, los esfuerzos institucionales por parte del Estado colombiano a lo largo de su historia constitucional han sido numerosos, pero sus efectos limitados; sin embargo, en los últimos años los esfuerzos se han multiplicado en razón a la firma del Acuerdo de Paz entre el Gobierno y las FARC-EP no solo con el propósito de reparar los daños causados, sino de formalizar la propiedad campesina.

Palabras clave: conflicto armado, tierra, empresas, derechos humanos, daños, reparación integral.

BUSINESS ACTIVITIES WITHIN ARMED CONFLICTS AND ITS INFLUENCE ON HUMAN RIGHTS - COMMENTS ON THE COLOMBIAN CASE

ABSTRACT

The relationship between business activities and the effective enjoyment of human rights has never been peaceful, there have been cases thorough out history in which economic interests are held as opposite to human rights, situation that has derived in numerous and heated debates. Specifically, in

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, con Diploma Superior de Universidad (DSU) en Ciencia Política de la Universidad Pantheón Assas (París II). Máster en Investigación Sociétés contemporaines compareés. Europa - Ameriques, especialidad Etudes Latinamericaines, en L'Institut de Hautes Études de L'Amérique Latine, Universidad Sorbonne Nouvelle (París III). Máster en Investigación Études Politiques en la Universidad Panthéon - Assas (París II) y doctor en Ciencia Política en la Universidad Pantheón - Assas (París II); tema: El modelo de justicia transicional colombiano.

the Colombian case, is evident how entrepreneurial activities have constantly fueled armed conflicts, mainly because these business interests, both domestic and foreign enterprises operating in Colombia, are intimately entangled with the land. It is why certain businesses that have operated within the Colombian borders have been involved in accusations, and convictions in some cases, that relate them with armed conflict actors that have committed grave human rights violations and international humanitarian law infractions. On the other hand, there has been several institutional efforts, nevertheless its effects have been limited, however, in recent years the efforts have multiplied, thanks to the negotiation and signing of the Peace Agreement between the Colombian Government and the FARC-EP not only with the purpose of paying reparations for the caused damages, but also formalizing the private property of the farmers who work said land.

Key words: Armed conflict, land, enterprises, human rights, torts, comprehensive reparations.

INTRODUCCIÓN

La delicada relación entre la actividad empresarial y la garantía de los Derechos Humanos se torna mucho más compleja cuando las operaciones de la empresa tienen como sede un lugar afectado por una confrontación armada. Cuando nos encontramos ante este escenario surgen varios desafíos para los diferentes actores e intervinientes; en primer lugar, encontramos las dificultades fácticas que supone adelantar una actividad empresarial en una zona en la que se desarrollan conflictos armados, situación que deriva en una falta de claridad preocupante respecto del marco normativo a seguir por las empresas.

Uno de los casos más relevantes actualmente es el colombiano, que incluye dificultades adicionales, toda vez que el conflicto armado es uno de los más extensos en la historia reciente, abarcando casi 60 años de nuestra historia constitucional, años en los que se han visto un sinnúmero de actores y motivaciones por las que emprendieron la lucha armada, entre las cuales están la repartición de tierras y las posibilidades de participación política. Razón por la cual merece especial atención y estudio.

El presente texto pretende aportar claridad conceptual en el marco normativo y operacional de las empresas que operan en territorios afectados por el conflicto armado y evaluar los esfuerzos institucionales encaminados a cumplir las obligaciones que emanan del marco normativo aplicable.

I. MARCO NORMATIVO Y CONCEPTUAL

I. I. LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA ONU SOBRE EMPRESA Y DERECHOS HUMANOS DE JOHN RUGGIE Y SU DESARROLLO HISTÓRICO

El debate acerca de la relación entre las empresas y los Derechos Humanos es de vieja data; puede tener como referencias históricas remotas el Sherman Anti-Trust Act, el estatuto usado por el presidente Theodore Roosevelt para dismantelar la Northern Securities Corporation¹ o las primeras luchas sindicales del siglo XIX e inicios del siglo XX. Sin embargo, el debate inicia formalmente en la década de los noventa como una respuesta a la consolidación de las multinacionales privadas, el aumento de la actividad económica transnacional y los crecientes riesgos e impactos negativos que tiene dicha actividad en los Derechos Humanos.

Un primer esfuerzo por parte de la comunidad internacional para hacerle frente a la situación fueron las Normas sobre las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales², aprobadas en la Resolución 2003/16 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Estas normas tenían como propósito hacer directamente exigibles a las empresas las mismas obligaciones adquiridas por los Estados.

Debido a la escasa participación de los gobiernos, los esfuerzos resultaron infructuosos; sin embargo, el interés en el tema continuó y en 2005 se inicia un nuevo proceso de estudio con el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Este proceso culmina con el informe final del Representante Especial, John Ruggie³, que incorpora los Principios Rectores sobre las Empresas y

1 Theodore Roosevelt Center. *The Sherman Anti-Trust Act*. Disponible en <<https://www.theodorerooseveltcenter.org/Learn-About-TR/TR-Encyclopedia/Capitalism-and-Labor/The-Sherman-Act>>

2 Organización de las Naciones Unidas (ONU), Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Protección y Promoción de los Derechos Humanos. *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los Derechos Humanos*. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2.

3 Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los Derechos Humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/17/31.

los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar”, principios adoptados por el Consejo de Derechos Humanos el 6 de julio de 2011 mediante la Resolución 17/04.

Los “Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco ONU para Proteger, Respetar y Remediar” (en adelante “Los Principios”) son un conjunto de directrices acordadas por los distintos actores de la comunidad internacional, materializadas en normas nacionales y acuerdos multilaterales, fundados en normatividad internacional existente y prácticas dirigidas a la adecuada protección, garantía y restitución de los derechos de las personas frente a las actividades empresariales. Es un bloque de directrices claras con vocación universal, coherente, inclusivo, e identifica debilidades y aspectos de mejora hacia el futuro⁴.

Al ser una reafirmación de instrumentos internacionales existentes resulta necesario hacer referencia a los estatutos que sirven de base para Los Principios; estos son:

- 1) La Carta Internacional de Derechos Humanos, que comprende:
 - 1.1) La Declaración Universal de Derechos Humanos
 - 1.2) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
 - 1.3) El Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales
- 2) Principios y Derechos Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo

Así mismo se tuvieron en cuenta las obligaciones sobre el impacto al medio ambiente y la corrupción, toda vez que estas situaciones afectan negativamente el goce de los Derechos Humanos. Además, Los Principios instruyen a los Estados para que asesoren a las empresas para que estas puedan afrontar de manera adecuada situaciones relativas a las cuestiones de género, vulnerabilidad y marginación, y para que reconozcan debidamente los problemas específicos de los pueblos indígenas, las mujeres, las minorías nacionales, étnicas, religiosas o lingüísticas, los niños, las personas con discapacidad y los trabajadores migrantes con sus familias⁵.

4 CARNEIRO, MAR, CORDERO, JUANJO, CORDERO, CARLOS y VIDAL, MARTÍN. *Cuaderno guía de los Principios Rectores ONU sobre Empresa y Derechos Humanos. Puerta de entrada*, Madrid, Sustentia Innovación Social, 2013, p. 9.

5 *Ibid.*, p. 10.

Los Principios Rectores vienen estructurados con el fin de facilitar su interpretación y aplicación por parte de los diferentes operadores jurídicos. Se dividen en tres secciones que guardan identidad con las obligaciones concretas consignadas; estas son Proteger, Respetar y Remediar. Por otro lado, se debe hacer la distinción entre los Principios Fundacionales, que explicitan de manera general y dan bases conceptuales del contenido obligacional, y los Principios Operacionales, que ahondan en el contenido obligacional y brindan pautas de conducta a seguir por los actores para dar cumplimiento a los deberes emanados de los instrumentos internacionales enunciados previamente.

La sección “Proteger” de Los Principios abarca del Principio 1.º al Principio 10.º; son fundacionales los Principios 1.º y 2.º, mientras que del principio 3.º al 10.º son operativos.

El contenido de la obligación de proteger se puede resumir en tres puntos. En primer lugar, los Estados deben crear marcos de protección mediante diferentes herramientas con alcance territorial y extraterritorial; también expone que los Estados han de dotar a las empresas de herramientas para que puedan cumplir con su obligación de respetar; por último, exhorta a los Estados para que doten a los afectados de mecanismos para acceder a remedios.

La sección “Respetar” se compone de los Principios fundacionales 11 a 15, y los Principios operacionales van del 16 al 24.

La obligación de respetar consiste en una norma de conducta mundial aplicable para todas las empresas y, por ende, exigible. Si bien los tratados de Derechos Humanos no contienen obligaciones para las empresas, Los Principios establecen la responsabilidad de las empresas de respetar los Derechos Humanos.

Esta circunstancia no cambia el marco jurídico empresarial aplicable; sin embargo, Los Principios llevan la responsabilidad empresarial más allá del cumplimiento del ordenamiento jurídico aplicable; por ende, no se puede alegar el desconocimiento. La empresa debe operar con los medios idóneos para evitar impactos negativos a los Derechos Humanos; esta obligación es de contenido activo, se deben tomar medidas para prevenir, mitigar y remediar los impactos negativos.

La sección “Remediar” tiene en el Principio 25 su fundamento, mientras que los Principios 26 a 31 son de carácter operacional.

El eje central de esta sección es la reparación integral de las violaciones o afectaciones a los Derechos Humanos que tengan su origen en la actividad empresarial. Los Principios categorizan los mecanismos de reparación entre

estatales y no estatales, que pueden ser paralelos o excluyentes, y entre judiciales y extrajudiciales, que pueden ser de iniciativa pública o privada.

Los Principios hacen una clara remisión al trabajo de Theo van Boven, específicamente sus Principios sobre Reparación consagrados en la Resolución 60/147 de la Asamblea General de la ONU del 16 de diciembre de 2005, cuyo anexo incorpora los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”. Dicha remisión resulta relevante en la medida que traza una hoja de ruta clara a los intervinientes, especialmente a quienes operan los mecanismos de reparación, las maneras en las que la víctima puede solicitar resarcimiento para sus daños.

2. EL PRINCIPIO 7.º, SU IMPORTANCIA, DESARROLLO Y APLICACIÓN

Para efectos del presente escrito es menester hacer énfasis en el Principio 7.º, el cual reza fomentar el respeto de los derechos humanos por las empresas en zonas afectadas por conflictos.

‘Fomentar’, puesto que el riesgo de violaciones graves de los derechos humanos es mayor en zonas afectadas por conflictos; los Estados deben tratar de asegurar que las empresas que operan en tales contextos no se vean implicadas en abusos de este tipo, adoptando entre otras las siguientes medidas:

a) Colaborar en la fase más temprana posible con las empresas para ayudarlas a determinar, prevenir y mitigar los riesgos que entrañen sus actividades y relaciones empresariales para los derechos humanos;

b) Prestar asistencia adecuada a las empresas para evaluar y tratar los principales riesgos de abusos, prestando especial atención tanto a la violencia de género como a la violencia sexual;

c) Negar el acceso al apoyo y servicios públicos a toda empresa que esté implicada en graves violaciones de los derechos humanos y se niegue a cooperar para resolver la situación;

d) Asegurar la eficacia de las políticas, leyes, reglamentos y medidas coercitivas vigentes para prevenir el riesgo de que las empresas se vean implicadas en graves violaciones de los derechos humanos⁶.

6 Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Informe del Representante Especial del Secretario*

Partiendo de la lectura del Principio podemos afirmar que las obligaciones de los Estados consisten en colaborar con las empresas para evaluar los posibles riesgos para los derechos humanos que deriven de su actividad específica, para así tomar las medidas necesarias para prevenirlos y, en caso de que se concreten, mitigar sus efectos, prestando especial atención a situaciones de violencia de género y sexual. Por otro lado, el Principio también es claro al exigir a los Estados conductas claras tendientes a reprochar a aquellas empresas que se vean involucradas o tengan algún tipo de responsabilidad, sea directa o indirecta, en graves violaciones a los derechos humanos, hasta asegurar la eficacia de medidas coercitivas, legales y políticas, tendientes a prevenir el riesgo de que las empresas se vean implicadas en graves violaciones de los derechos humanos.

En su informe final al Consejo de Derechos Humanos, John Ruggie adjunta unos comentarios para facilitar la comprensión e interpretación de Los Principios. En su comentario al Principio 7.º expone que, dado que en el contexto de conflictos armados los sistemas de protección de derechos humanos no funcionan adecuadamente, las empresas requieren cada vez más orientación de los Estados para así evitar verse implicadas en vulneraciones de derechos humanos. De igual manera, Ruggie resalta la importancia de que los Estados aborden estos problemas en una etapa temprana antes de que la situación de orden público y violencia empeore; en el mismo sentido resalta que, en el caso de las empresas transnacionales, los Estados de origen tienen responsabilidades tanto ante las empresas como ante los Estados receptores para evitar que dichas empresas estén involucradas en violaciones a los derechos humanos. Por último, Ruggie comenta que los Estados deben advertir a las empresas de los mayores riesgos de operar en zonas afectadas por conflictos armados, así como considerar la implementación de enfoques multilaterales para prevenir y afrontar dichas situaciones⁷.

Es importante articular el Principio 7.º con el Principio 23, el cual expone:

Cuestiones de contexto

En cualquier contexto, las empresas deben:

General para la cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas, A/HRC/17/31, Principio 7.º: Fomentar el respeto de los derechos humanos por empresas en zonas afectadas por conflictos, p. 12.

7 *Idem.* Comentario al Principio 7.º, p. 12.

- a) Cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, dondequiera que operen;
- b) Buscar fórmulas que les permitan respetar los principios de derechos humanos internacionalmente reconocidos cuando deban hacer frente a exigencias contrapuestas;
- c) Considerar el riesgo de provocar o contribuir a provocar violaciones graves de los derechos humanos como una cuestión de cumplimiento de la ley dondequiera que operen⁸.

En su comentario, Ruggie pone de presente que, en caso de que las empresas operen en contextos donde el respeto de los Derechos Humanos sea particularmente difícil, estas deben respetar los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos de la mejor manera que las circunstancias en las que operan les permitan; de igual manera deben poder probar sus esfuerzos encaminados a este fin.

El comentario hace especial énfasis en las zonas afectadas por conflictos y resalta los riesgos de complicidad de las empresas en graves vulneraciones de los derechos humanos cometidas por otros actores, como la fuerza pública. Las empresas deben tener en cuenta este problema como una cuestión de cumplimiento de la ley, dada la incorporación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en jurisdicciones que reconocen la responsabilidad penal empresarial. En el mismo sentido, los administradores y trabajadores de las empresas pueden ser hallados responsables de conductas constitutivas de graves violaciones de Derechos Humanos⁹.

En una entrevista realizada en Boston¹⁰, el mismo John Ruggie dijo que las zonas de conflicto son especialmente problemáticas, toda vez que un efecto adverso del conflicto es el deficiente funcionamiento de los sistemas de protección de Derechos Humanos; por ende, el Estado anfitrión, a pesar de tener la obligación de proteger los Derechos Humanos, cuando se desarrolla un conflicto armado dicho Estado funciona precariamente, ya sea porque no puede garantizar el orden público y constitucional en parte de su territorio,

8 *Idem*. Principio 23: Cuestiones de contexto, p. 24.

9 *Idem*. Comentario al Principio 23, p. 24.

10 Entrevista a John Ruggie realizada el 29 de marzo de 2012 en la Universidad de Harvard, por Vincent Bernard, redactor jefe de la *International Review of the Red Cross*, y Mariya Nikolova, asistente de redacción. Disponible en <<https://www.icrc.org/es/international-review/article/entrevista-john-g-ruggie>>

o porque los agentes de dicho Estado cometen directamente las violaciones a Derechos Humanos. A su vez, Ruggie resalta su insistencia en que, en estos contextos de conflicto armado, las mismas empresas deben tener en cuenta el Derecho Internacional Humanitario para asegurarse que no están haciendo contribución alguna a violaciones, directas o indirectas, al Derecho Internacional Humanitario, o terminar en complicidad respecto a violaciones de otros, sin desconocer las obligaciones propias del Estado en materia humanitaria.

Otro desarrollo conceptual importante puede encontrarse en el artículo escrito por el doctor Hugo Slim, titulado “Las empresas en el contexto de los conflictos armados: hacia un nuevo programa humanitario”¹¹. En dicho artículo empieza por exponer la compleja relación entre las empresas y la guerra, resaltando que es una relación de vieja data que se ha perpetuado a lo largo de la historia, empezando por el pillaje, que era una motivación fuerte para muchos soldados en el mundo antiguo y el medioevo, sin tener en cuenta la apertura de mercados negros derivados del conflicto; sin embargo, no toda actividad económica derivada de la guerra es ilícita, la economía de guerra puede significar una gran oportunidad de lucro para empresarios legítimos, como la provisión de equipos y armamento para los ejércitos. La economía de guerra es muy relevante para el Derecho Humanitario por su particular papel en el conflicto. Las implicaciones humanitarias de las economías de guerra pueden ser variadas dependiendo de la naturaleza del conflicto, los objetivos, las capacidades de los combatientes y el tipo de economía del grupo armado (predatoria, parasitaria o extractiva)¹².

Al respecto, Slim afirma que las empresas pueden desempeñar seis roles frente a un conflicto armado¹³:

1) Empresa como autor de violaciones a los derechos humanos: es un rol que está reconocido ampliamente en los instrumentos humanitarios, las conductas empresariales que constituyen violaciones a los derechos humanos incluyen pillaje, fabricación de armamento ilegal, uso de mano de obra esclava e incluso el uso de violencia ilícita por parte de grupos paramilitares contratados por las

11 SLIM, H. *Business actors in armed conflict: towards a new humanitarian agenda*, 2012. Disponible en <<https://www.icrc.org/es/international-review/article/las-empresas-en-el-contexto-de-los-conflictos-armados-hacia-un-nuevo>>

12 *Idem*, The humanitarian implications of war economies, p. 5.

13 *Idem*, The Six Main Roles of Business in war, p. 10.

empresas en complicidad con fuerzas que pueden ser estatales o no. Su responsabilidad puede ser directa o indirecta por complicidad con el autor directo.

2) Empresas como víctimas: es un escenario mucho más frecuente que el anterior. Como objetivo civil soportan muchas dificultades durante un conflicto armado, sufriendo ataques y saqueos en los cuales sus trabajadores pueden resultar heridos, muertos o incluso abusados sexualmente, sus instalaciones son destruidas o averiadas en muchos casos. Estos daños, sumados a las restricciones de acceso al mercado y a financiamiento y materias primas que pueden derivar en insolvencia, con todas las consecuencias que esta implica.

3) Empresas como proveedor: los pocos negocios que sobreviven en la guerra lo hacen porque triunfan como proveedores de productos y servicios esenciales para el esfuerzo de guerra o que son indispensables para la supervivencia de civiles.

4) Empresas como actor humanitario: las empresas van más allá de ser proveedores de las agencias humanitarias, pueden volverse actores humanitarios directamente y hacer operaciones que protejan y asistan a la población civil: Si bien estas conductas no están bien documentadas, hay compromisos de las grandes empresas, con el acompañamiento de la ONU que se encaminan a usar su experiencia para que las demás empresas participen activamente en la protección de la población civil.

5) Empresas como constructoras de paz: este rol se desempeña cuando los líderes empresariales y sus inversiones pueden contribuir en la construcción de paz y la recuperación económica en marcos de posconflicto, incluso, si el líder empresarial tiene confianza y negocios con ambas partes del conflicto puede participar activamente en la construcción de puentes para llegar a la paz.

6) Empresas y prevención del conflicto: en tiempos de paz las empresas pueden colaborar activamente en la prevención de conflictos armados, como parte de sus políticas de responsabilidad social y negocios éticos, muchas empresas intentan limitar los riesgos de escalamiento del conflicto donde operan.

En sus conclusiones, Slim propugna mayores acercamientos entre las empresas, en todos los niveles, para poder expandir el conocimiento del Derecho Internacional Humanitario a través de información y campañas nacionales e internacionales, con el fin de que los empresarios entiendan más claramente sus derechos y obligaciones a la luz del Derecho Humanitario, comprendiendo el reproche al que pueden estar sujetos si cometen violaciones a los derechos

humanos, el apoyo y ayuda que pueden esperar como víctimas y el rol que pueden desempeñar como actores humanitarios¹⁴.

En cuanto a la delimitación clara de los derechos y obligaciones, Rachel Davis, directora del Shift, un centro sin ánimo de lucro que se dedica a ayudar a empresas, actores y otros actores a implementar los Principios ONU para Empresa y Derechos Humanos, escribió un artículo titulado “The UN Guiding Principles on Business and Human Rights and conflict affected areas: state obligations and business responsibilities”¹⁵.

Davis empieza por delinear las implicaciones para los Estados, haciendo referencia al deber de proteger del Estado, con especial énfasis en el Principio 7.º, diferenciando entre las conductas a tomar frente a empresas que cooperan y sanciones o medidas a imponer frente a empresas que no cooperan.

Frente a las empresas que cooperan, Davis resalta que los Estados no explicitan sus expectativas relativas al respeto a los derechos humanos en contexto de conflicto a las empresas que entran a operar en sus territorios, como consecuencia no hay una base concreta para asesorar empresas en estos contextos, sumado a la falta de información que permitiría a las empresas afrontar los riesgos en derechos humanos mediante la formulación de herramientas útiles¹⁶. Se propone una serie de políticas y acciones que permitirían abordar los riesgos de una manera responsable, entre las cuales están: promulgar normas que exijan políticas de sensibilización e impacto en derechos humanos para las empresas, recopilar información acerca de la situación particular de derechos humanos y hacerla públicamente disponible, ofrecer mecanismos de mediación y conciliación estatales en lugares donde el conflicto involucre empresas.

En cuanto a las empresas que no cooperan, toda vez que carecen de voluntad para cumplir con ciertos estándares y para implementar políticas y procesos que afronten la cuestión de derechos humanos de buena fe, se proponen una serie de medidas posibles a imponer a estas empresas, estas son: una intervención al nivel directivo de la empresa si es una empresa de gran escala o la exclusión del mercado relevante¹⁷.

14 *Idem*, Business and Humanitarian Law, p. 15.

15 DAVIS, RACHEL. The UN Guiding Principles on Business and Human Rights and conflict affected areas: state obligations and business responsibilities, *International Review of the Red Cross*, n.º 887, 2012. Disponible en <<https://www.icrc.org/es/international-review/article/principios-rectores-de-la-onu-sobre-empresas-y-derechos-humanos-en>>

16 *Idem*, Engaging with cooperating companies, p. 7.

17 *Idem*, Dealing with uncooperative companies, p. 8.

Uno de los desarrollos más importantes que se han dado en los últimos años ha sido el debate por decantar y estructurar la responsabilidad penal internacional. En su artículo “Developments in international criminal law and the case of business involvement in international crimes”¹⁸, la profesora Joanna Kyriakakis empieza por decir que es fácil entender por qué el Derecho Penal Internacional es una herramienta atractiva para dar una solución a los efectos adversos para los derechos humanos, toda vez que el Estatuto de Roma, a pesar de no estar limitado a situaciones de conflicto armado, es una rama que surgió del Derecho Internacional Humanitario y su preocupación por regular los peores excesos del conflicto armado¹⁹, sumado a que, a diferencia de otras especialidades del derecho internacional, el Derecho Penal Internacional tiene mecanismos coercitivos funcionales dirigidos a personas naturales y no a los Estados, por ende, resulta una alternativa válida para llenar los vacíos en la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Derivado de un análisis de Los Principios, Kyriakakis concluye que, a partir del trabajo de Ruggie, las empresas deben anticipar que pueden ser enjuiciadas o demandadas donde infrinjan normas de Derecho Penal Internacional, ya sea ante una jurisdicción nacional en aplicación del Estatuto de Roma o en tribunales internacionales que conozcan de casos contra altos ejecutivos de estas empresas. Siendo particularmente relevante para las empresas que operen en zonas afectadas por conflictos, en las cuales el riesgo de verse involucradas en crímenes internacionales es mayor²⁰.

Sin embargo, el alcance del Derecho Penal Internacional resulta limitado, ya que solo entra a regir situaciones que puedan configurar crímenes internacionales, por ende, el Derecho Penal Internacional conocería de un segmento muy pequeño del espectro de conductas empresariales que puedan derivar en graves violaciones a los derechos humanos.

Derivado del carácter personal de la acción penal ejercida por el Fiscal de la Corte Penal Internacional, ha surgido una tendencia a endilgar responsabilidad penal a altos ejecutivos de las empresas involucradas en crímenes internacionales²¹, introduciendo mecanismos y nociones como la autoría

18 KYRIAKAKIS, JOANNA. *Developments in international criminal law and the case of business involvement in international crimes*, 2012. Disponible en <<https://www.icrc.org/es/international-review/article/la-evolucion-del-derecho-penal-internacional-y-el-caso-de-la>>

19 *Ibid.*, p. 2.

20 *Idem*, The UN SRSG and the special case of international crimes, p. 8.

21 *Idem*, Forms of individual criminal responsibility and the business case, p. 11.

indirecta a través de una organización, consistente en que una persona puede ser responsable como autor directo a pesar de no estar presente físicamente en el lugar y el momento de la comisión del crimen, sin embargo, usa su control sobre una organización para asegurarse del acaecimiento de la conducta criminal²². Este mecanismo tiene su origen en el artículo 25(3)(a) del Estatuto de Roma, el cual dice:

[...] 3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) *Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;* b) *Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;* c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión [...] (cursiva fuera del texto original).

Esto se ha interpretado para incluir el control de la comisión de un crimen a través del uso de una organización como vehículo como una forma de endilgar responsabilidad como autor directo a quien ordena o planea la comisión del crimen.

Otro de los instrumentos ideados para endilgar responsabilidad es la complicidad. Esta tiene su origen en el Artículo 25(3)(c) del Estatuto de Roma, que reza:

[...] 3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) *Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;* b) *Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;* c) *Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión [...] (cursiva fuera del texto original).*

Surge un primer problema: si se hace una lectura jerárquica del artículo 25 del Estatuto de Roma, ¿implicaría que la Corte Penal Internacional priorizara el enjuiciamiento de los directamente responsables? Por otro lado, hay

22 *Idem*, Indirect perpetration through an organization, p. 12.

incertidumbre respecto de si el mencionado Artículo requiere voluntad positiva de asistir en la comisión del crimen, en contraposición de otros instrumentos de Derecho Internacional que solo exigen conocimiento de la posibilidad de que sus acciones ayudarían a la comisión de un crimen, la exigencia del elemento volitivo haría que el instrumento resulte difícil de aplicar en el caso de las empresas, donde sus acciones, por lo general, están motivadas por un deseo de percibir dividendos²³.

3. LAS EMPRESAS Y SU PAPEL EN EL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO

3.1. INFLUENCIA HISTÓRICA DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL EN EL CONFLICTO COLOMBIANO

El análisis del conflicto armado colombiano presenta muchos desafíos, ya que el conflicto ha permeado todos y cada uno de los ámbitos de la vida cotidiana de los habitantes del territorio, incluyendo, por supuesto, la actividad empresarial. Sin embargo, como es ya conocido, una de las motivaciones de los actores del conflicto, en sus inicios, fue la inequitativa distribución de la tierra, lo cual derivó en la creación de diferentes grupos armados que buscaban reivindicar los derechos del campesinado.

Para dar algunos ejemplos claros se traerán a colación casos de departamentos como el Putumayo, el Valle del Cauca y el Magdalena.

El caso del Putumayo

Desde principios del siglo XX se han hecho estudios exploratorios para determinar la viabilidad de instalación de pozos petroleros en el departamento, sin embargo, derivado de la Crisis del Canal de Suez y su impacto en la provisión de crudo de Europa y Estados Unidos se inician labores de exploración y explotación en la región²⁴, los asentamientos de colonos, atraídos por las oportunidades laborales se dieron hasta la década de los 70.

23 *Idem*, Aiding and abetting and the Taylor judgement, p. 18

24 Centro Nacional de Memoria Histórica. *Petróleo, coca, despojo territorial y organización social en Putumayo*, Bogotá, CNMH, 2015, p. 103.

La pugna entre las compañías petroleras y los colonos se evidencia cuando, en 1967 se le solicita al presidente Carlos Lleras Restrepo que intervenga para poner un alto a abusos cometidos por la Texaco y sus subcontratantes en la región en contra de los colonos y sus derechos a la propiedad sobre la tierra y sobre sus condiciones laborales básicas²⁵. Las acusaciones consistían en que las empresas prohibían construir viviendas dentro de sus predios, aun cuando muchos contaban con títulos de propiedad, contrataban personas que robaran ganado y destruyeran cercas, obstaculizaban la adjudicación de tierras poseídas mediante tramites costosos y engorrosos, además de evadir contratación directa y permanente de los obreros, el pago de horas extra y la obligación de asumir gastos de alimentación de sus trabajadores. Todo con el objetivo de eliminarlos “físicamente en forma lenta y desesperada”.

La respuesta del Gobierno nacional, de diciembre de 1967, consistió en la asignación de dos funcionarios para verificar la situación, los informes de la Comisión evidenciaron que los problemas eran más graves de lo esperado, se encontró que la Texaco usurpó funciones de las autoridades civiles para ordenar a la fuerza pública la destrucción de viviendas y el destierro de familias, así como el control minucioso de la población migrante²⁶. Como agravante se tiene que el 21 de noviembre de 1967 la Comisaría expidió dos decretos para legalizar prohibiciones que la Texaco había impuesto, consistente en prohibir que personas extrañas a la Texas Petroleum Company ocuparan las 4200 hectáreas de la reserva petrolera de Orito, sin mencionar los linderos, y decretaba sanciones contra quienes infringieran la prohibición.²⁷ Para hacer efectiva la prohibición el Comisario dio vía libre para que la fuerza pública para mantener a la población colona fuera de las tierras de la Texaco.

Ante los cuestionamientos del Gobierno central acerca de las acciones de la Texaco, esta alegó que había actuado en defensa de la industria petrolera en la región ante amenazas de criminales, pues alegaba que existían grupos dedicados a colonizar tierras destinadas al sector hidrocarburos para extorsionar a las empresas. La comisión de verificación concluyó que el detener los desalojos y abusos de la Texaco era vital para mantener el orden público, ya que pensaban que la situación era un caldo de cultivo para una incursión del

25 *Idem*, 2.1.2: Conflictos por la tierra, el territorio y el trabajo: la Texaco, colonos e indígenas, p. 113.

26 *Idem*, p. 116.

27 Gobierno de la Comisaría de Putumayo, decretos 158 y 159 de 1967.

ELN en la región²⁸. Otro agravante de la situación se da en los enfrentamientos violentos entre comunidades indígenas que defendían su derecho al territorio ancestral y la población colona, que exigía su derecho a poseer tierras como campesinos²⁹.

El auge petrolero en la región se extiende hasta los años setenta; su declive inició en 1972; mientras tanto, el auge cocalero le quitaría a la industria petrolera la preponderancia en la economía de Putumayo, pues los colonos se emplearon en los cultivos e instalaciones de procesamiento de la hoja de coca³⁰.

A finales de los setenta y durante la década de los ochenta se introduce la coca, con fines de narcotráfico, por parte de los carteles de Cali y Medellín en el Putumayo³¹, la economía cocalera tenía una ventaja respecto a otras actividades económicas, que era la baja tecnificación necesaria para implementarla, demandando poca infraestructura vial para comercializarse. Estas circunstancias implicaron la absorción de gran parte de la mano de obra disponible³².

La alta rentabilidad e implementación de la economía cocalera derivó en la incursión de grupos armados en la zona, tales como el M-19, y “Los Chaverras”, ejército privado del Cartel de Cali que protegía sus laboratorios y embarques de cocaína³³. En cuanto a las FARC, crean su Frente 32 que operó en Putumayo, logrando un amplio control en la zona, desafiada solo por el Cartel de Medellín, encabezado en la zona por Gonzalo Rodríguez Gacha, dejando el germen para el fenómeno paramilitar en la zona³⁴.

Hoy en día se tiene claro que el problema de orden público en el Putumayo deriva de la tenencia de la tierra, toda vez que la Unidad de Restitución de Tierras ha recibido más de 40.000 solicitudes de ingreso al Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzadamente,³⁵ consecuencia nefasta de años de pugnas entre narcotraficantes, FARC, paramilitares y Fuerza Pública por el

28 Centro Nacional de Memoria Histórica. *Petróleo, coca, despojo territorial y organización social en Putumayo*, Bogotá, 2015. 2.1.2. Conflictos por la tierra, el territorio y el trabajo: la Texaco, colonos e indígenas, pp. 125 y 126.

29 *Ibid.*, p. 136.

30 *Ibid.*, 2.2: Declive de la producción petrolera y el auge cocalero, p. 140.

31 *Ibid.*, 3.1 Ingreso y consolidación del cultivo de coca con uso ilícito en Putumayo, p. 180.

32 *Ibid.*, p. 184.

33 *Ibid.*, p. 188

34 *Ibid.*, p. 191.

35 *Ibid.*, 4.1. Características generales del despojo y el abandono forzado en Putumayo, p. 226.

control territorial y, por ende, de los corredores estratégicos por los cuales se traficaban y comercializaban insumos para producir hoja de coca y pasta de coca.

El caso del Valle del Cauca

Tal y como sucedió en el Putumayo, y prácticamente en todo el país, en los 60 se estaba viviendo una violencia concretada en procesos de despojo de tierras³⁶. Además, inspirados por la revolución cubana, se da un proceso amplio de sindicalización que llega al punto de que en 1974 el 53% de los trabajadores de la industria azucarera estaba sindicalizado³⁷.

Las Organizaciones Campesinas Comunales y las Juntas de Acción Comunal encuentran un impulso fuerte en este contexto, a tal punto que en 1966 existieron 720 Juntas de Acción Comunal en el Valle del Cauca, alimentando la fuerza del llamado sindicalismo conservador³⁸, estas organizaciones se ocuparon de la lucha por la tierra, del mejoramiento de las condiciones salariales de los trabajadores, montaron almacenes de productos agrícolas, defendió los intereses de aparceros, campesinos y arrendatarios frente a los dueños de tierras, haciendo frente a los desalojos campesinos perpetrados por grandes propietarios, con muy poco éxito, ya que para 1967 casi todos los campesinos que ocuparon tierras habían sido desalojados.

Desde el gobierno del presidente Guillermo León Valencia (1962-1966) se presentaban denuncias sobre la toma de tierras en el Valle del Cauca, denuncias que no tuvieron mayor efecto porque los empresarios lograron el apoyo del Gobierno para sus políticas de uso y aprovechamiento del suelo y de la implementación de un modelo latifundista³⁹.

Estas políticas llevaron a la creación de la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos (ANUC) en 1972, con el auspicio del gobierno de Carlos Lleras Restrepo (1966-1970), bajo el credo fundamental de “tierra pa’ quien la trabaja”⁴⁰.

36 Centro Nacional de Memoria Histórica. “Patrones” y campesinos: tierra, poder y violencia en el Valle del Cauca (1960-2012), Bogotá, CNMH, 2014. III. Estructuración de las organizaciones campesinas, movilización social e incursión de los narcotraficantes en el Centro y Norte del Valle del Cauca. Los años sesenta y las herencias sociopolíticas, p. 156.

37 *Ibid.*, p. 162.

38 *Ibid.*, Conformación de organizaciones campesinas comunales y el papel de la Iglesia Católica, p. 164.

39 *Ibid.*, pp. 168 y 169.

40 *Ibid.* Aparece la ANUC en el escenario de las luchas campesinas, p. 173.

Tanto la ANUC como las juntas de acción comunal eran una estrategia del gobierno nacional para organizar y canalizar las demandas del campesinado en alianza con el Estado. Sin embargo, este modelo resultó un fracaso, derivado de conflictos ideológicos y políticos dentro de la ANUC, sumado a que las bases campesinas se sintieron decepcionados de las organizaciones que los representaban. Al final de los años setenta se presentó una crisis en estas organizaciones de campesinos, que derivó en desafiación y desmovilización del campesinado, haciendo que los años ochenta lleguen con conflictos gestados⁴¹.

Desde finales de los setenta ya empiezan a hacer presencia en la región grupos como el M-19, el ELN y las FARC, cada uno con su manera particular de operar⁴²; sin embargo, entre sus objetivos estaban grupos mafiosos asentados en el territorio que estaban despojando y apropiándose de tierras útiles para las diferentes etapas del proceso productivo de la cocaína.

Como un intento de salvaguardar sus intereses económicos, para concentrar y controlar tierras, fundaron y financiaron ejércitos paramilitares que protegían su industria ilegal, confrontaron a todo aquel que se opusiera a sus intereses. A lo largo de los ochenta y noventa se configuraron verdaderos centros de poder, eran estructuras de narcotraficantes, algunos de los cuales respondían a los capos de Cali y Medellín, llegando a tener un control tal en la región que incluso llegaron a planear movilizaciones electorales y traficar a gran escala, todo ello logrado con un ejercicio implacable de violencia⁴³.

En los ochenta y noventa el Valle del Cauca se vio azotado por violencia indiscriminada en forma de masacres, desplazamientos y desapariciones forzadas contra población civil por parte de grupos armados al servicio de narcotraficantes. Situación que se alteró por la embestida estatal en contra de los carteles de Cali y del Norte del Valle, abriéndoles una oportunidad a los grupos guerrilleros para ocupar los vacíos de poder⁴⁴.

La reacción de los narcotraficantes fue pactar alianzas con miembros de la fuerza pública para traer paramilitares a la región, lo que derivó en la constitución del Bloque Calima a finales de los noventa⁴⁵. Los grupos paramilitares

41 *Ibid.*, p. 178.

42 *Ibid.* Se hacen visibles los narcotraficantes, las guerrillas y los paramilitares en la región, p. 210.

43 *Ibid.*, p. 215.

44 *Ibid.*, p. 218.

45 *Ibid.* Violencia, conflicto y declive de la organización campesina: hacia la consolidación de un orden social regional (2000-2005). La expansión paramilitar y su contribución a la consolidación de un orden local y regional (1999-2005), p. 297.

se cobijaron bajo la bandera antisubversiva y contrainsurgente; sin embargo, los habitantes de la región y paramilitares de otras regiones cuestionaron al Bloque Calima porque parecía proteger intereses de narcotraficantes de la zona. Las estrategias de control, consistentes en intimidación, miedo y el uso sistemático de masacres y asesinatos selectivos de los considerados simpatizantes guerrilleros⁴⁶.

A pesar de la desmovilización del Bloque Calima, los habitantes siguieron recibiendo amenazas por parte de las llamadas bandas criminales, entre las cuales estaban los Machos Rastrojos y las Águilas Negras, las cuales operaban de manera muy similar a los paramilitares, y sus actos obedecían a los intereses de los narcotraficantes⁴⁷. Al mismo tiempo las FARC entran en la confrontación por el control del negocio y las rutas del narcotráfico en la misma época, enfrentándose principalmente con los Rastrojos⁴⁸.

Las consecuencias del conflicto en el Valle del Cauca en cuanto a la tenencia de la tierra no parecen haber tenido un impacto real, toda vez que se mantiene la pequeña y mediana propiedad, manteniendo la actividad agrícola en condiciones precarias⁴⁹.

El caso del Magdalena

El territorio del Magdalena Grande, conformado por la Sierra Nevada de Santa Marta, la ciénaga Grande de Santa Marta y la Serranía del Perijá, al ser tan cercano a la frontera colombo-venezolana y al mar Caribe despertó muchas disputas por su control por parte de grupos armados al margen de la ley, el ELN, las FARC, las AUC y sus sucesores, ya que estos territorios han sido usados como zonas de operación y refugio, además de su relevancia para el contrabando de mercancías, gasolina, armas, insumos químicos y laboratorios para el narcotráfico, el secuestro y la extorsión⁵⁰.

46 *Ibid.*, p. 287.

47 *Ibid.* Orden social regional, reconfiguración de la organización campesina y auge económico en la zona plana (2006-2012), p. 321.

48 *Ibid.* Disputas y reconfiguración del poder local, p. 332.

49 *Ibid.* Recapitulación: Los impactos sobre la economía y la sociedad, p. 413.

50 Centro Nacional de Memoria Histórica. *Tierra y carbón en la vorágine del Gran Magdalena. Los casos de las parcelaciones de El Toco, El Platanal y Santa Fe*, Bogotá, CNMH, 2018. 1.1 El Gran Magdalena, p. 19.

La industria carbonífera en el Magdalena comienza en 1969 con el Estatuto Minero⁵¹, que declara la minería como industria de interés social y utilidad pública y declaró que las minas son propiedad de la Nación, como consecuencia se autoriza la expropiación de predios para la exploración, transporte y explotación de recursos naturales no renovables. Entre 1970 y 1995 el desarrollo minero en la región tuvo un crecimiento vertiginoso que inicia con la mina de El Cerrejón en La Guajira, cuya explotación comienza con el contrato entre Carbones de Colombia S.A (Carbocol) y una filial de Exxon, Intercor (International Colombia Resources Corporation), contrato que marcó la historia de la acumulación de tierras para la industria carbonífera y los conflictos entre comunidades y las empresas mineras en la región⁵².

A finales de los ochenta y durante los noventa las operaciones mineras fueron tomadas por multinacionales, empezando por la Drummond Coal Mining L.L.C en 1989, seguida por la compañía suiza Glencore en 1995^[53]. Posteriormente, con la incursión paramilitar en la región en 1997, se da inicio a la transnacionalización de la industria minera en el Gran Magdalena, empresas como el Grupo Glencore, la Caribbean Resources Corporation y La Luna Mining Limited Sucursal Colombia lograron quedarse con los títulos mineros en el Cesar y con las concesiones portuarias y férreas en el Gran Magdalena⁵⁴.

Paralelamente a las incursiones mineras en la región se dio un auge de la actividad paramilitar en la región, que fue más allá del ejercicio de la violencia, generando alianzas políticas y económicas para preservar el despojo de tierras y consolidar el poder en la región⁵⁵. Una prueba de ello es la promoción y financiamiento del paramilitarismo por parte de bananeros, ganaderos, comerciantes y prácticamente todo aquel con intereses económicos en la región, llegando a formar la denominada para economía, ya sea con aportes voluntarios o forzados, en dinero o especie, todo a cambio de seguridad de los inmuebles

51 Congreso de la República de Colombia. Ley 20 de 1969, “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre minas e hidrocarburos”.

52 Centro Nacional de Memoria Histórica. *Tierra y carbón en la vorágine del Gran Magdalena. Los casos de las parcelaciones de El Toco, El Platanal y Santa Fe*, Bogotá, CNMH, 2018. 1. Tenencia de la tierra, reforma agraria y desarrollo carbonífero en el Gran Magdalena; 1.4. Producción y exportación de carbón en el Gran Magdalena. Hallazgo del carbón y su producción, p. 48.

53 *Ibid.*, p. 53.

54 *Ibid.*, p. 55.

55 *Ibid.*, 3. Despojo del proyecto paramilitar de la Nueva Colombia, p. 106.

y operaciones de las empresas⁵⁶; entre las carboneras acusadas de aportar al Bloque Norte de las AUC están: Carbones del Caribe, Prodeco y Drummond, según testimonios de Salvatore Mancuso⁵⁷.

En cuanto a las relaciones de los grupos al margen de la ley con la política se entiende con el proyecto de “refundar la patria para construir una nueva Colombia” del Bloque Norte, plan que consistía en el despojo de tierras campesinas para ser concentradas, situación que permitió a los empresarios ampliar sus negocios, para los narcotraficantes significó lavado de activos y para los terratenientes con el poder político significaba recuperar lo perdido con reformas agrarias. Derivado de esta situación se suscriben varios pactos entre comandantes paramilitares y las élites políticas y económicas de la región⁵⁸ que articulaban esfuerzos en el campo político con las acciones paramilitares⁵⁹.

La alianza entre la política y el paramilitarismo resulta vital para consolidar la adquisición de tierras despojadas por parte de ganaderos, agroindustriales, mineros e incluso narcotraficantes y paramilitares. Para consolidar estas adquisiciones se dieron casos de corrupción en casi todas las entidades públicas con competencias en el sector agropecuario, e incluso autoridades notariales y judiciales⁶⁰.

Respecto de los esquemas de financiación y líneas de ingreso que han tenido las FARC-EP, resulta necesario hacer un recuento histórico de las diferentes maneras en las cuales este grupo armado ha obtenido sus recursos a lo largo de su funcionamiento.

En un principio, durante las décadas de 1960 y 1970, momento en el cual las FARC era un grupo incipiente y con influencia territorial limitada en los territorios, el 20 de julio de 1964 se expide el Programa Agrario de los Guerrilleros, el cual contenía en su discurso críticas a las formas de producción, a la inversión extranjera, de igual manera plantean formas de financiación y beneficios para la comunidad, Por último, se delinear las líneas de ingreso, siendo: aportes de las masas o de simpatizantes, lo obtenido de los enemigos

56 *Ibid.*, 3.2. Los patrocinios, p. 115.

57 *Ibid.*, p. 122.

58 *Ibid.*, 3.3. Parapolítica y el “nuevo pacto social”, p. 128.

59 *Ibid.*, tabla 13, p. 130.

60 *Ibid.*, 3.4. Legalización y saneamiento del despojo para la “Nueva Colombia”, p. 133.

del movimiento y trabajos agropecuarios⁶¹. Posteriormente, ya en la Quinta Conferencia de 1974 se descentralizó la administración de los recursos, creando comisiones financieras para cada columna o frente, así como una tesorería que también estuvo encargada de llevar la contabilidad⁶². En este primer periodo es evidente que las fuentes de ingreso eran bastante limitadas y se administraban los recursos de manera descentralizada.

En la década de 1980, en el marco de la Séptima Conferencia, se vuelve a abordar el tema de la estructura financiera de la organización, poniendo de presente el déficit de 150 millones de pesos de la época; en la misma conferencia se aborda por primera vez el impuesto a los cultivadores de coca, conocido comúnmente como el “gramaje”, que era equivalente a 80 pesos de la época por gramo de cocaína semiprocesada⁶³, que si bien no estaba siendo cobrado por toda la organización, el Frente 14 venía implementando este modelo extorsivo desde antes de la Conferencia en 1982. En el Pleno ampliado del Estado Mayor Central de 1984 se vuelve a analizar la situación financiera de la organización, especialmente se acuerda volver a un esquema centralizado de administración de los recursos, en el cual esta estaba en cabeza del secretariado mediante el conocimiento previo y la autorización de todos los movimientos financieros (ingresos y egresos) de todos los frentes⁶⁴.

Ya en 1987, en otro Pleno del Estado Mayor Central de las FARC, se enfatiza la obligación de todos los integrantes de cumplir las directrices y, por ende, en las posibles sanciones por el incumplimiento. También se enfatizó en la diversificación de ingresos, entre los cuales se recurrió a un importe al poroto o actividades asociadas al narcotráfico⁶⁵.

Dos años después, en el Pleno del Estado Mayor Central se dio un avance importante, en cuanto se indican fuentes alternativas de financiación tales como la minería, extracción petrolera y la financiación internacional⁶⁶.

Ya en la década de 1990, específicamente en la Octava Conferencia Nacional Guerrillera de 1993, se redefinió la política financiera asociada a los aspectos

61 BARBOSA CASTILLO, GERARDO, CORREA HENAO, MAGDALENA y CIRO GÓMEZ, ANDRÉS (editores). *Milicias guerrilleras: estudios empíricos y financieros*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Ejército Nacional de Colombia, vol. 5, Bogotá, 2017, p. 279.

62 *Ibid.*, p. 282.

63 *Ibid.*, p. 287.

64 *Ibid.*, p. 296.

65 *Ibid.*, p. 306.

66 *Ibid.*, p. 314.

políticos y militares de la organización, todo orientado por el gasto, inversión y control de los recursos⁶⁷. En esta conferencia se volvió a dar una lista de las posibles líneas de ingresos, entre las cuales estaban: minería, especialmente de oro, ganadería y café, además de los aportes voluntarios del sector primario, las llamadas “Retenciones económicas” o secuestros fueron adoptados ampliamente, pero se tenía la limitación de necesitar autorización previa por parte del secretariado o del Estado Mayor del bloque para poder proceder, sin embargo, el ingreso más llamativo resulta el impuesto para la paz, que correspondía al 5% anual sobre las utilidades de las empresas transnacionales, industriales y de servicios⁶⁸.

Posteriormente, en el pleno del Estado Mayor de 1997, se hizo una crítica al narcotráfico asociado al paramilitarismo, sin embargo, para esta época el gramaje ya estaba siendo ampliamente usado por las FARC-EP. Posteriormente, en el Pleno del Estado Mayor de 1997 se aumentó el impuesto para la paz, del 5 % al 10 %⁶⁹.

Ya en el 2000, el Pleno del Estado Mayor admite abiertamente la estrategia de las “retenciones económicas” como una alternativa real de financiación, además de implementar un impuesto a la marihuana e intensificar la actividad armada con el fin de cobrar el “impuesto para la paz”⁷⁰.

En el periodo comprendido entre 2002 y 2012, los ingresos de las FARC-EP provenían principalmente de la extorsión⁷¹, el secuestro, actividades asociadas al narcotráfico, el contrabando fronterizo, impuestos como el gramaje y el impuesto para la paz, y los aportes voluntarios, además de actividades agropecuarias y el hurto a entidades bancarias. Sin embargo, cabe aclarar que durante este periodo el grupo sufrió bastantes reveses causados por la intensa actividad militar del Estado en contra las FARC-EP, entre las que destacan la captura de alias “Simón Trinidad” y la baja de alias “Negro Acacio”⁷².

67 *Ibid.*, p. 321.

68 *Ibid.*, pp. 323, 327 y 328.

69 *Ibid.*, p. 332.

70 *Ibid.*, p. 342.

71 *Ibid.*, p. 345.

72 *Ibid.*, p. 351.

3.2. ESFUERZOS INSTITUCIONALES EN COLOMBIA PARA ABORDAR VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS Y RESTITUCIÓN DE TIERRAS

Como se vio, el problema de la tenencia de la tierra en Colombia ha sido sistémico, de vieja data, y ligado a luchas profundas por el poder territorial, tanto económico como político. Sin embargo, los esfuerzos institucionales, tanto legislativos como administrativos, por implementar reformas agrarias o rurales han sido numerosos a lo largo de la historia constitucional colombiana. Resulta necesario hacer referencia a los esfuerzos más significativos de la segunda mitad del siglo XX.

Hay un relativo consenso entre autores en cuanto consideran que las razones de ser de la política de reforma agraria son la concentración de tierras, la pobreza rural, los bajos ingresos, falta de oportunidades de empleo en el campo y la gran diferencia entre lo urbano y lo rural. Carlos Lleras Restrepo dijo en 1960 que el problema a resolver por la reforma agraria es una estructura agraria aberrante desde el punto de vista de la equidad y económicamente inconveniente⁷³. Lastimosamente, estas precarias condiciones, presentes en el campo durante la totalidad de la historia constitucional colombiana, persisten durante todo el siglo XX a pesar de los esfuerzos por reformar el campo colombiano; esto se evidencia cuando en 2003 unos estudios del Banco Mundial concluyen que en Colombia hay una subutilización de la tierra, a tal punto que solo el 30 % de las tierras aptas son usadas, además de la gran desigualdad y falta de acceso a la tierra, pero la conclusión más alarmante es la relación sistemática entre el acceso a la tierra y el desplazamiento, ya que la tierra es clave en las estrategias de guerra y ocupación territorial tanto por guerrilleros como paramilitares⁷⁴.

Ley 135 de 1961

Promulgada durante el gobierno de Alberto Lleras Camargo, este estatuto crea el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora)⁷⁵, que tenía funciones

73 Centro Nacional de Memoria Histórica. *Esbozo de una memoria institucional. La política de reforma agraria y tierras en Colombia*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2013. 4. Justificaciones de la Reforma Agraria, p. 45.

74 *Ibid.*, p. 51.

75 Congreso de la República de Colombia, Ley 135 de 1961, “Sobre Reforma Social Agraria”, capítulo II, Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

de administración y titularización de baldíos y adjudicación de parcelas para programas de reforma agraria. Junto con el Incora se crea el Consejo Social Agrario, entidad del nivel asesor del Gobierno nacional y del Incora; entre sus funciones estaba el estudio de la política social agraria del país y proponer medidas relacionadas que considerara adecuadas. También creó la figura de los procuradores agrarios dentro de la Procuraduría General de la Nación y el Fondo Nacional Agrario.

Todas estas instituciones fueron creadas con el fin de llevar una política de reforma agraria al campo colombiano, pero sus resultados no fueron los esperados, toda vez que la ley apuntaba a una reforma agraria progresiva, además de que en la formulación no participaron los campesinos⁷⁶.

Ley 30 de 1988

Es una reforma de la Ley 135 de 1961 que se dio durante el gobierno de VIRGILIO Barco Vargas como un reconocimiento a la marginalización de población campesina, la cual amplió funciones y competencias del Incora y las demás instituciones, con resultados similares⁷⁷.

Ley 160 de 1994

Ya con la Constitución de 1991 y al final del gobierno de Cesar Gaviria Trujillo se promulga esta ley, cuyo objeto era crear el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino y se reforma el Incora, buscaba darle mayor movilidad al mercado de tierras, que lastimosamente también falló debido a que la reforma no se concibió de manera integral y la participación de los beneficiarios, generando un mercado fundado en el poder discrecional del Incora⁷⁸.

76 Centro Nacional de Memoria Histórica. *Esbozo de una memoria institucional. La política de reforma agraria y tierras en Colombia*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2013. 6. Evaluaciones de las políticas, p. 76.

77 Centro Nacional de Memoria Histórica. *Tierra y carbón en la vorágine del Gran Magdalena. Los casos de las parcelaciones de El Toco, El Platanal y Santa Fe*, Bogotá, CNMH, 2018. 1.3. Procesos de la “Primera Ley de Reforma Social Agraria”, p. 35.

78 Centro Nacional de Memoria Histórica. *Esbozo de una memoria institucional. La Política de Reforma Agraria y Tierras en Colombia*, Bogotá, 2013, 6.1. Los intentos por evaluar las políticas, p. 84.

Ley 387 de 1997

Esta ley, promulgada en el gobierno de Ernesto Samper Pizano, trata sobre el desplazamiento forzado, su prevención, atención y protección de los desplazados por la violencia. Inicialmente concebida para ser articulada con la Ley 160 de 1994, si bien fue importante en la medida que abrió el debate del desplazamiento forzado tampoco tuvo el impacto deseado.

Ley 975 de 2005, de Justicia y Paz

Esta ley, propuesta por el gobierno de Álvaro Uribe Vélez, tenía como objetivo la desmovilización y reincorporación de grupos armados al margen de la ley. Tuvo aportes importantes, como la definición de víctima⁷⁹, concepto novedoso para la legislación nacional en el momento, y la incorporación de elementos propios de sistemas de justicia transicional, tales como la incorporación de derechos a la verdad y a la reparación⁸⁰ e incluso la incorporación de un catálogo de derechos de las víctimas⁸¹. Sin embargo, este modelo no tuvo los resultados esperados, toda vez que las salas especiales que creaba la ley se demoraron en producir resultados eficientes.

Ley 1152 de 2007, Estatuto de Desarrollo Rural

Otro esfuerzo legislativo del gobierno de Álvaro Uribe Vélez, esta extensa ley pretendió reformar integralmente el sistema rural y agrario en el país, creando una estructura institucional, normativa y económica al servicio del desarrollo sostenible del sector rural⁸².

Esta ley crea un Sistema Nacional de Desarrollo Rural, el cual estuvo integrado por todos los organismos que realicen actividades relacionadas con los objetivos señalados en el artículo 3ro de la ley, entre los cuales estaba el

79 Congreso de la República de Colombia, Ley 975 de 2005, “De Justicia y Paz”, artículo 5.

80 *Ibid.*, artículos 7 y 8.

81 *Ibid.*, Capítulo VIII. Derechos de las Víctimas frente a la Administración de Justicia; Capítulo IX. Derecho a la reparación de las víctimas.

82 Congreso de la República de Colombia, Ley 1152 de 2007, artículo 1.

Consejo Nacional de Tierras⁸³, y el llamado a reemplazar el Incora, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder)⁸⁴.

También le dio responsabilidades al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural acerca del plan de acción para el desarrollo productivo y tecnológico de áreas de desarrollo rural, teniendo en cuenta también el desarrollo cultural y la sostenibilidad ambiental⁸⁵.

Uno de los avances de esta ley es la incorporación de programas especiales enfocados a minorías étnicas⁸⁶ e incluso población desplazada⁸⁷.

Sin embargo, mediante la Sentencia C-175 de 2009, del magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva, la Corte Constitucional declaró inexecutable la Ley 1152 de 2007 en su totalidad.

La demanda se fundamentaba en que durante el trámite legislativo el contenido de la ley no fue consultado con las comunidades indígenas y afrodescendientes, a pesar de que durante el trámite del proyecto de ley hubo reuniones informativas para ciertos sectores sociales, de acuerdo a la Sentencia de Unificación 039/97, estas reuniones no tuvieron un alcance suficiente para dar por cumplido el requisito de la consulta, derivado de las Gacetas del Congreso se llega a la conclusión de que, durante los debates, no hubo mención alguna al derecho de consulta de las comunidades, tal y como lo exigen el Convenio 169 de la OIT y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸⁸.

La Corte delimitó el contenido y el alcance del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes⁸⁹, analizó el nivel de incidencia del Estatuto de Desarrollo Rural en los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes y determinó el incumplimiento de la obligación de consulta previa durante el trámite legislativo, concluyendo que es evidente la relación directa y cercana entre las normas de la Ley 1152 y las comunidades indígenas y afrodescendientes, como consecuencia la

83 *Ibid.*, artículo 16.

84 *Ibid.*, Título II, Capítulo I.

85 *Ibid.*, Título III, Capítulo I.

86 *Ibid.*, Título VI, “De los programas especiales”, Capítulo I, “Resguardos indígenas y minorías étnicas”.

87 *Ibid.*, Capítulo II, “Atención a población desplazada”.

88 Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-175 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

89 *Ibid.*, consideración 16.

Ley fue considerada inexecutable en su totalidad toda vez que se comprobó el incumplimiento del deber de consulta previa y el hecho de que el Estatuto de Desarrollo Rural era determinante para la definición de la entidad de las minorías étnicas⁹⁰.

Ley 1448 de 2011, de Víctimas y Restitución de Tierras

Promulgada en el gobierno de Juan Manuel Santos, es probablemente el esfuerzo más ambicioso por implementar un sistema complejo para la restitución de tierras y por dar mecanismos efectivos y reales a las víctimas para que puedan acceder a una reparación integral.

La Ley de víctimas inicia por dar una definición de víctima más exacta que la que brindaba su predecesora, proporciona un límite temporal y contextual claro para identificar a las víctimas⁹¹, aporta conceptos más decantados sobre justicia transicional que la ley 975 e incorpora un amplio catálogo de derechos de las víctimas⁹².

Este cuerpo normativo también incluye, en su Título III medidas de ayuda humanitaria, atención y asistencia para las víctimas, medidas que comprenden atención en salud, educación e incluso asistencia funeraria, teniendo un capítulo dedicado exclusivamente a las víctimas del desplazamiento forzado⁹³.

Sin embargo, el aporte más significativo de la Ley 1448 es la reglamentación de un proceso mixto (incorpora una fase administrativa y otra judicial) mediante el cual la víctima puede reclamar sus derechos. Este proceso inicia con la inclusión de medidas especiales de protección integral para víctimas, testigos, funcionarios y demás intervinientes de los procedimientos administrativos y judiciales de reparación y restitución de tierras, incluso en la etapa probatoria, haciendo especial énfasis en la protección de víctimas de violencia sexual⁹⁴. Este proceso incorpora el esquema de reparaciones adoptado por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 60/147 del 16 de diciembre de 2005^[95];

90 *Ibid.*, consideración 36.

91 Congreso de la República de Colombia, Ley 1448 de 2011, “De víctimas y restitución de tierras”, artículo 3.

92 *Ibid.*, artículos 8, 9, 23, 24, 25 y 28.

93 *Ibid.*, Título III, Capítulo III.

94 *Ibid.*, artículos 31 a 46.

95 Organización de las Naciones Unidas, *Principios y directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del*

estas son la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en las dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica⁹⁶.

La ley aporta definiciones de despojo y de abandono en su artículo 74. El despojo se define como: “la acción por medio de la cual, aprovechándose de la situación de violencia, se priva arbitrariamente a una persona de su propiedad, posesión u ocupación, ya sea de hecho, mediante negocio jurídico, acto administrativo, sentencia, o mediante la comisión de delitos asociados a la situación de violencia.” Mientras que el abandono forzado de tierras se define como “la situación temporal o permanente a la que se ve abocada una persona forzada a desplazarse, razón por la cual se ve impedida para ejercer la administración, explotación y contacto directo con los predios que debió desatender en su desplazamiento”. La ley impone un límite temporal para el ejercicio de lo que ella misma llama la acción de restitución de tierras, entre el 1.º de enero de 1991 y el término de vigencia de la ley, que rige por 10 años contados a partir de su promulgación⁹⁷.

En cuanto al proceso propiamente dicho, este consta de dos fases, una administrativa y otra judicial. La fase administrativa implica que tanto las tierras despojadas como las víctimas del despojo o el abandono forzado estén inscritas en el Registro de Tierras Presuntamente Despojadas y Abandonadas Forzosamente, así como la relación entre la víctima y el predio objeto del despojo y el periodo durante el cual se ejerció influencia armada en relación con el predio⁹⁸.

Ya en la fase judicial, la Ley le adjudica la competencia para adelantar el proceso de restitución a los Jueces Civiles del Circuito especializados en restitución de tierras, en única instancia, siempre y cuando no se hayan reconocido opositores, caso contrario, en el evento en el que se reconozca alguna oposición dentro del proceso, los Jueces Civiles del Circuito adelantan el proceso hasta el fallo, momento en el cual se remite el expediente a los Magistrados de la Sala Civil de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial para el fallo, además de

derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005. Disponible en <<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/remedyandrepairation.aspx>>

96 Congreso de la República de Colombia, Ley 1448 de 2011, “De víctimas y restitución de tierras”, artículo 69.

97 *Ibid.*, artículos 75 y 208.

98 *Ibid.*, artículo 76.

las consultas de las sentencias proferidas por los Jueces Civiles del Circuito especializados en restitución de tierras⁹⁹.

En cuanto a la legitimación para iniciar el proceso de restitución, el artículo 81 establece que pueden ejercer la acción los titulares del derecho de restitución en los términos del artículo 75, además de la cónyuge, compañero o compañera permanente con quien haya convivido en el momento de los hechos que llevaron al despojo o al abandono forzado. También pueden iniciar el proceso sus sucesores.

El proceso de restitución puede iniciar ya sea por solicitud de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Tierras Despojadas a favor del titular del derecho o por parte del despojado directamente¹⁰⁰.

De acuerdo con el Artículo 84 de la Ley 1448 de 2011 la solicitud de restitución o formalización tiene los siguientes requisitos: a) Identificación plena del predio, b) constancia de inscripción del predio en el Registro de tierras despojadas, c) fundamentos de hecho y de derecho de la solicitud, d) identificación plena del despojado y su núcleo familiar o del grupo de solicitantes, e) certificado del avalúo catastral del bien.

En cuanto a las oposiciones a la solicitud, se tiene un término de 15 días contados a partir de la solicitud, se deben adjuntar todos los documentos que se quieran hacer valer como prueba de la calidad de despojado, de la buena fe exenta de culpa del justo título del derecho y demás pruebas que pretenda hacer valer¹⁰¹.

La sentencia que profiera el juez o magistrado se debe pronunciar de manera definitiva sobre la propiedad, posesión del bien u ocupación del baldío y decretar las compensaciones a favor de los opositores que probaron buena fe exenta de culpa dentro del proceso, todo con el fin de que la sentencia constituya título de propiedad suficiente¹⁰².

Como pretensión subsidiaria se puede solicitar la entrega de un inmueble similar al despojado en aquellos casos en los que la restitución material del bien despojado sea imposible y se encuadre en alguna de las causales del artículo 97.

Como complemento al proceso, se tienen medidas para proteger el derecho del restituido, este no puede ser transferido por acto entre vivos durante los

99 *Ibid.*, artículo 79.

100 *Ibid.*, artículos 82 y 83.

101 *Ibid.*, artículo 88.

102 *Ibid.*, artículo 91.

dos años siguientes contados a partir de la entrega del predio, si se llega a dar algún negocio sobre el bien restituido este es ineficaz de pleno derecho, salvo autorización previa del juez o magistrado que ordenó la restitución. De igual manera, la autoridad que dictó sentencia de restitución mantiene competencia para dictar todas las medidas que garanticen el uso, goce y disposición de los bienes por parte del despojado restituido, además de proteger la seguridad de las vidas y la integridad personal del restituido y de su familia¹⁰³.

Respecto de la situación jurídica de los predios, y teniendo en cuenta que en ciertas regiones del país los registros de los inmuebles fueron adulterados, el artículo 77 consagra presunciones que operan sobre todo bien que esté inscrito en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente. La presunción de derecho (no admiten prueba en contrario) consiste en que todos los contratos mediante los cuales se transfiera o se prometa transferir un derecho real, posesión u ocupación sobre el inmueble a restituir, celebrados desde el 1.º de enero de 1991 hasta la vigencia de la ley, entre la víctima, sus familiares o con quien conviva, sus causahabientes con personas que hayan sido condenadas por estar involucrados de alguna manera con grupos armados al margen de la ley, o por narcotráfico o delitos conexos, están viciados por ausencia de consentimiento o por causa ilícita y, como consecuencia, genera la inexistencia del negocio, así como la nulidad absoluta de todos los negocios posteriores sobre el bien.

En cuanto a las presunciones legales (admiten prueba en contrario), se presume que en los negocios jurídicos enumerados hay ausencia de consentimiento o causa ilícita, siempre y cuando no se encuadre en el supuesto de hecho de la presunción de derecho.

Respecto de ciertos actos administrativos, no puede negarse mediante este medio una restitución, ni alegando que mediante acto administrativo posterior se legalizó una situación jurídica contraria a los derechos de la víctima, por ende, dentro del proceso, se resume legalmente que estos actos son nulos.

Como medida para preservar y proteger los derechos que la víctima había obtenido con la restitución, la ley crea sistemas de alivio de la cartera morosa de todos los tributos del orden distrital relacionados con el predio restituido. Respecto a la cartera morosa de los servicios públicos y del sector financiero existentes al momento de los hechos sobre los predios restituidos, deben ser

103 *Ibid.*, artículos 101 y 102.

objeto de un programa de condonación de cartera que puede estar a cargo del Plan Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas¹⁰⁴.

De igual manera, se tomaron medidas para ayudar a las víctimas que hayan incurrido en mora como consecuencia de hechos victimizantes entren a una categoría de riesgo especial, además, entidades como Finagro y Bancóldex deben establecer líneas de redescuento en condiciones preferenciales para financiar los créditos otorgados a víctimas para adelantar actividades tendientes a la recuperación de la capacidad productiva del bien¹⁰⁵.

La Ley 1448 también incorpora normas especiales para la protección de mujeres en el marco del proceso de restitución, empezando por la atención preferencial en los procesos de restitución, tanto en la etapa administrativa como en la judicial, se le da a la fuerza pública una función de colaboración especial para velar por la entrega oportuna del predio y para mantener las condiciones de seguridad, siempre y cuando medie el consentimiento previo de la mujer víctima¹⁰⁶.

Siguiendo el esquema de reparación integral, la Ley 1448 sigue con normas relativas a la indemnización, que también puede darse por vía judicial, en el marco del proceso de restitución, o administrativa¹⁰⁷ mediante el procedimiento para el acceso a la medida individual de indemnización administrativa consagrada en la Resolución 01958 del 6 de junio de 2018 de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas¹⁰⁸.

En cuanto a la rehabilitación, la ley da una definición en su artículo 135, la cual dice que “la rehabilitación como medida de reparación consiste en el conjunto de estrategias, planes, programas y acciones de carácter jurídico, médico, psicológico y social, dirigidos al restablecimiento de las condiciones físicas y psicosociales de las víctimas [...]”. La ley incorpora una gama amplia de medidas que incluyen un programa de atención psicosocial y salud integral a víctimas y crea una estructura con funciones para operar dicho programa, articulándose con las entidades territoriales.

Las medidas de satisfacción están reguladas en el Capítulo IX de la Ley 1448, el cual define estas medidas como aquellas acciones que proporcionan

104 *Ibid.*, artículo 121.

105 *Ibid.*, artículos 128 y 129.

106 *Ibid.*, artículos 114 a 118.

107 *Ibid.*, Capítulo VII. Indemnización por vía administrativa.

108 *Ibid.*, Capítulo VIII.

bienestar y contribuyen a mitigar el dolor de la víctima; algunas acciones aportadas son: el reconocimiento público del carácter de víctima, realización de actos conmemorativos, homenajes y reconocimientos públicos, la construcción de monumentos en perspectiva de reparación y reconciliación¹⁰⁹.

Además de lo anterior se dan otras medidas relevantes para la satisfacción, como la exención en la prestación del servicio militar de las víctimas, consagrada en el artículo 140, la creación del día nacional de la memoria y solidaridad con las víctimas, que se celebrará el 9 de abril de cada año y principalmente se consagra el Deber de Memoria por parte del Estado, el cual se concreta en la creación de archivos sobre violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario ocurridas con ocasión del conflicto armado interno¹¹⁰, además de la creación del Centro Nacional de Memoria Histórica con el fin de recopilar todo el material relativo a las violaciones del artículo 3ro para que sea puesta a disposición de la ciudadanía en general¹¹¹.

El último elemento de la reparación integral que incorpora la ley es la garantía de no repetición. Si bien no brinda una definición clara, enuncia algunas conductas que considera como garantías de no repetición, entre las cuales está la desmovilización y desmantelamiento de grupos armados al margen de la ley, la imposición de sanciones a los responsables de violaciones a los derechos humanos, fortalecimiento de sistemas de alertas tempranas, entre otros¹¹².

Implementación de la política de restitución de tierras

Desde su promulgación, la Ley 1448 de 2011 ha presentado diversos desafíos en su implementación, toda vez que para diciembre de 2013 se habían registrado 5.966.211 personas¹¹³. El Instituto Geográfico Agustín Codazzi estimó en 2014 que había aproximadamente 4 millones de predios rurales y 360.000 reclamaciones de restitución, haciendo de la implementación de esta ley una tarea titánica¹¹⁴.

109 *Ibid.*, Capítulo XI, artículo 139.

110 *Ibid.*, artículo 144.

111 *Ibid.*, artículos 146 a 148.

112 *Ibid.*, Capítulo X.

113 GÓMEZ MÉNDEZ, A. *La justicia transicional vista desde las regiones*, Ministerio de Justicia y del Derecho, 2014, 7. La implementación de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, p. 165.

114 Unidad de Restitución de Tierras. *Diálogos técnicos de Política de Restitución de Tierras, Ley 1448 de 2011. Primer diálogo técnico de política: restitución de tierras tras dos años de implementación*,

En sus etapas más tempranas se evidenció la falta de información acerca del número de potenciales beneficiarios de las medidas contempladas en la ley, toda vez que los registros, en su mayoría, son posteriores a 1985, límite temporal de la ley de víctimas, en segundo lugar, la mayoría de las entidades que tienen algún registro carecen de información de contexto acerca de los hechos victimizantes¹¹⁵. A pesar de estas dificultades, en sus primeros dos años de vigencia, se dieron más de 9000 decisiones administrativas y más de 1000 decisiones judiciales, contrastando con los efectos limitados de otros estatutos, tales como la Ley de Justicia y Paz¹¹⁶.

Con el paso del tiempo se ha venido implementando con mayor éxito, ya que para julio de 2014 1041 familias fueron restituidas mediante sentencia, entregando alrededor de 29.200 hectáreas restituidas en esas sentencias, que corresponden a 1123 predios¹¹⁷.

Podemos ver que con la Ley de Víctimas y Restitución de tierras se da el primer esfuerzo institucional del Estado Colombiano para afrontar los diferentes problemas derivados de los conflictos por la tierra en sus regiones, toda vez, que como se expuso anteriormente, los numerosos esfuerzos previos encaminados a la implementación de una política de tierras fueron infructuosos y poco satisfactorios.

4. LA REINSERCIÓN A LA VIDA CIVIL Y LOS PROYECTOS PRODUCTIVOS EN EL ACUERDO DE PAZ CON LAS FARC

Con la firma del Acuerdo de Paz entre el Gobierno nacional y las FARC-EP se da un paso importante, toda vez que los esfuerzos institucionales de todas las ramas del poder público por afrontar los diferentes desafíos que derivan del acuerdo son mayúsculos.

El acuerdo consta de 6 puntos. El primero aborda el tema de la Reforma Rural Integral, el segundo punto trata la Participación Política de los excombatientes, el tercer punto habla del Cese al fuego y de Hostilidades Bilateral y Definitivo y la Dejación de las Armas, así como el acuerdo respecto de la

Bogotá, 2015, panel 2: Análisis cuantitativo de los resultados de la política de restitución de tierras, p. 69.

115 *Ibid.*, p. 55.

116 *Ibid.*, p. 59.

117 *Ibid.*, *Segundo diálogo técnico sobre la política de restitución de tierras*, panel 2: La etapa postfallo en el proceso de restitución de tierras, p. 113.

Reincorporación a la vida civil de las FARC-EP y también las Garantías de Seguridad. El cuarto punto trata la Solución al Problema de las Drogas Ilícitas, mientras que el quinto punto es el acuerdo sobre las víctimas, que comprende el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. El sexto y último punto contiene los Mecanismos de Implementación y Verificación.

Respecto al tema del presente escrito, resulta menester clarificar que el primer, tercer y quinto puntos son relevantes, por las razones expuestas a continuación.

Primer punto: Hacia un Nuevo Campo Colombiano: Reforma Rural Integral

Este punto resulta relevante ya que, como se expuso previamente, la tenencia de la tierra ha sido uno de los factores y motivos que han sido determinantes a lo largo del conflicto armado. En este punto las partes ponen de presente la importancia del desarrollo rural para impulsar el desarrollo social y económico del país, y que una verdadera transformación del campo colombiano requiere medidas para el uso adecuado la tierra y adoptar una verdadera política de restitución de tierras y formalización de la propiedad.

El Acuerdo suministra una serie de principios encaminados a orientar la implementación de lo acordado. Algunos de los principios son: la igualdad y el enfoque de género, la integralidad, el restablecimiento, la regulación de la propiedad, el desarrollo sostenible, la democratización del acceso y uso adecuado de la tierra y la presencia del Estado¹¹⁸.

Ya en el desarrollo del Acuerdo, respecto al acceso y uso de la tierra, el Gobierno nacional crea un fondo de tierras de distribución gratuita, el cual es permanente y dispone de 3 millones de hectáreas en sus primeros 12 años. El Gobierno nacional también se compromete a dar una serie de ayudas económicas encaminadas a la adquisición de tierras por parte de trabajadores con vocación agraria y víctimas de desplazamiento forzado¹¹⁹.

Respecto a la formalización de la propiedad, en el Punto 1.1.5 se acuerda la adopción de un plan de formalización masiva y una serie de medidas institucionales encaminadas a la protección de esa propiedad.

118 *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, 1. Hacia un Nuevo Campo Colombiano: Reforma Rural Integral, p. 12.

119 *Ibid.*, 1.1. Acceso y uso, tierras improductivas. Formalización de la propiedad. Frontera agrícola y protección de zonas de reserva, p. 14.

Con el objetivo de implementar una transformación estructural del campo y el ámbito rural se plantean los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial¹²⁰; estos planes están encaminados a brindar bienestar a la población rural, el desarrollo de la economía campesina y familiar y el desarrollo y la integración de las regiones. En su implementación, estos planes priorizan las zonas con niveles de pobreza más alarmantes derivados de la debilidad institucional y afectaciones derivadas del conflicto.

Por último, se toca el tema de la Reforma Rural Integral mediante los planes nacionales para la misma, todo con el objetivo de la superación de la pobreza y desigualdad de la población rural, encaminada a cerrar la brecha entre el campo y la ciudad. El Gobierno nacional asume el compromiso de elaborar e implementar los planes nacionales en el territorio¹²¹. Estos planes deben comprender la infraestructura vial, de riego, eléctrica y de conectividad, además del desarrollo social en salud, educación y vivienda.

Tercer punto: Fin del Conflicto

El análisis de este punto se hace necesario, toda vez que la reincorporación a la vida civil de los combatientes de las FARC-EP implica desafíos importantes para la sociedad civil, especialmente en el ámbito económico; es por eso por lo que en el punto 3.2 se trata la Reincorporación de las FARC-EP a la vida civil.

En cuanto a la reincorporación económica y social¹²², se forman organizaciones para la reincorporación colectiva económica y social, centros de pensamiento y formación política, e incluso un Consejo Nacional de Reincorporación, que está encargado de definir actividades, establecer cronogramas y hacer seguimiento al proceso de reincorporación.

Posteriormente se identifican necesidades del proceso de reincorporación económica y social¹²³, empezando por la realización de un censo socioeconómico de los combatientes y la identificación de programas y proyectos productivos sostenibles para vincular el mayor número de excombatientes, haciendo especial énfasis en los proyectos ambientales y de desminado humanitario.

120 *Ibid.*, 1.2. Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), p. 21.

121 *Ibid.*, 1.3. Planes Nacionales para la Reforma Rural Integral, p. 23.

122 *Ibid.*, 3. Fin del conflicto; 3.2. Reincorporación de las FARC-EP a la civil –en lo económico, lo social y lo político– de acuerdo con sus intereses, p. 68.

123 *Ibid.*, 3.2.2.6. Identificación de necesidades del proceso de reincorporación económica y social, p. 74.

Para la ejecución de los proyectos productivos los integrantes de las FARC-EP tienen derecho, por una sola vez, a un apoyo económico de 8 millones COP para un proyecto productivo individual o colectivo.

Como garantías para la reincorporación económica y social sostenible se toman varias medidas¹²⁴, entre las cuales está una renta básica equivalente al 90 % de un salario mínimo legal mensual vigente que percibirán los excombatientes por dos años, además de una suma de 2 millones COP que recibirán una sola vez cuando salgan de las Zonas Veredales Transitorias de Normalización. Sumado a lo anterior, y de acuerdo con el censo socioeconómico realizado, se implementan los planes o programas necesarios para atender los derechos fundamentales de los excombatientes, como la formalización y homologación de los diferentes conocimientos, así como el acompañamiento psicosocial para la reunificación de núcleos familiares.

Quinto punto: Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto

Siendo este el eje central del acuerdo ha de tenerse en cuenta para entender como el Estado cumplir la obligación de reparación integral a las violaciones de derechos humanos consagrada en los Principios.

En el punto 5.1 se diseña el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, cuyos objetivos son la satisfacción de los derechos de las víctimas, la rendición de cuentas, la no repetición y la seguridad jurídica, entre otros¹²⁵.

Este sistema se compone de varios organismos, entre los cuales están las Medidas de reparación integral¹²⁶ para la construcción de la paz, estas son medidas que buscan asegurar la reparación integral de las víctimas, incluyendo los derechos a la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y no repetición, tal y como están delineados en el Derecho Internacional¹²⁷ y la Ley 1448 de 2011.

124 *Ibid.*, 3.2.2.7. Garantías para una reincorporación económica y social sostenible, p. 75.

125 *Ibid.*, 5. Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto; 5.1. Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, p. 128.

126 *Ibid.*, 5.1.3. Reparación: medidas de reparación integral para la construcción de la paz, p. 178.

127 Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos. *Principios y directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General el 16 de

Dentro de estas medidas se encuentran actos tempranos de reconocimiento de responsabilidad colectiva, que son formales, públicos y solemnes. Durante estos actos se reconoce la responsabilidad colectiva por los daños causados y se pide perdón. Otras acciones concretas de contribución a la reparación pueden ser la colaboración en programas de desminado, de disposición de explosivos y municiones.

Sexto punto: Implementación, Verificación y Refrendación

Se hace evidente el acompañamiento internacional, regulado durante la integralidad de este punto, es extensa, toda vez que es un esfuerzo de contribución para fortalecer las garantías necesarias para el cumplimiento de los acuerdos, respetando el orden constitucional y legal vigente y garantizando los derechos humanos¹²⁸. Teniendo estos criterios en cuenta el acuerdo suministra una lista de diferentes entidades internacionales a las cuales se les solicita el acompañamiento en la implementación de los acuerdos, pormenorizando que entidades van a acompañar la implementación de cada punto en específico.

Puesta en práctica de los proyectos productivos contemplados en el Acuerdo de Paz

La implementación del acuerdo en general no ha sido pacífica ni fácil derivado de las tensiones políticas que generó el proceso de negociación, la puesta en práctica de los proyectos productivos no escapa a esta realidad. En las etapas más tempranas de la implementación de los acuerdos encontramos que hubo bastante confusión respecto al procedimiento a seguir para conseguir la aprobación, y, por ende, el desembolso de las ayudas financieras para la implementación del proyecto productivo planteado¹²⁹. Sin embargo, a medida que fue pasando el tiempo, la claridad respecto a la obtención del visto bueno para la obtención de los recursos fue llegando y permitiendo que los excombatientes empiecen a implementar los proyecto, a tal punto que, para el 31 diciembre de

diciembre de 2005. Disponible en <<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/remedyandrepairation.aspx>>

128 *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción*, 6. Implementación, verificación y refrendación, 6.4 Componente de acompañamiento internacional, p. 214.

129 Noticia Pacifista. En un año, a las antiguas FARC solo les han aprobado un proyecto productivo, del 16 de marzo de 2018. Disponible en <<https://pacifista.tv/notas/en-un-ano-a-las-antiguas-farc-solo-les-han-aprobado-un-proyecto-productivo>>

2018, según cifras de la Agencia para la Reincorporación y la Normalización, se han desembolsado 2.927.898.650 COP para 36 proyectos productivos individuales que tienen a 366 excombatientes como beneficiarios¹³⁰; por otro lado, se han planteado 17 proyectos productivos colectivos que benefician a más de 1000 excombatientes, con desembolsos de 12.751.285.669 COP¹³¹.

A pesar de lo anterior, han surgido otros desafíos, ya no de orden económico sino logístico, toda vez que se han dado casos en los que los excombatientes han perdido productos agrícolas obtenidos a raíz de los proyectos productivos por no contar con rutas que les permitan introducir sus productos en el mercado¹³².

CONCLUSIONES

Ha quedado claro que los Principios del profesor John Ruggie, si bien no crean obligaciones nuevas, sistematizan, ordenan y dejan claro cuál es el marco normativo internacional aplicable para las empresas cuando sus actividades puedan afectar de alguna manera, así sea de tangencialmente, los derechos humanos, no solo de sus trabajadores, sino de cualquier persona, incluso de los miembros de las comunidades que habitan los diferentes territorios en los que operan. Además de fungir como criterio interpretativo para los jueces que conozcan de dichas situaciones.

Cabe recordar que los Principios son una respuesta de la comunidad internacional ante la creciente y poderosa influencia que empezaron a tener las grandes empresas, ahora llamadas multinacionales, en los 1980 y que han llegado a su tope en tiempos actuales. Desde los años noventa quedó claro el grave problema generado por la falta de mecanismos de control, empezando por un marco normativo básico que limite el accionar de las empresas y las

130 Agencia para la Reincorporación y la Normalización. *La reincorporación en cifras*. <[http://www.reincorporacion.gov.co/es/reincorporacion/La%20Reincorporacion%20en%20cifras/Reincorporacion%20en%20cifras%20\(2\).pdf](http://www.reincorporacion.gov.co/es/reincorporacion/La%20Reincorporacion%20en%20cifras/Reincorporacion%20en%20cifras%20(2).pdf)>

131 Agencia para la Reincorporación y la Normalización. *Proyecto productivo colectivos*. <<http://www.reincorporacion.gov.co/es/reincorporacion/Documents/Proyecto%20productivos%20colectivos.pdf>>

132 *El Espectador*. En Guaviare los proyectos productivos de las FARC no marchan, 16 de junio de 2018. Disponible en <<https://colombia2020.elespectador.com/territorio/en-guaviare-los-proyectos-productivos-de-la-farc-no-marchan>>. *El Espectador*. Los excombatientes de las FARC que resisten en Colinas, Guaviare, 11 de febrero de 2019. Disponible en <<https://colombia2020.elespectador.com/territorio/los-excombatientes-de-las-farc-que-resisten-en-colinas-guaviare>>

pueda hacer responsables en caso de que los derechos humanos resulten afectados gravemente por sus acciones.

El debate sobre la influencia de las empresas en los derechos humanos resulta especialmente relevante toda vez que las multinacionales operan o tienen intereses en prácticamente todos los países del mundo, incluidos aquellos que se ven afectados por algún tipo de conflicto armado. Es por esto por lo que el Principio 7.º deja absolutamente claro que las garantías y la protección de los derechos humanos no deben verse afectadas de ninguna manera en situaciones de conflicto armado, a pesar de que los mecanismos de protección de los derechos humanos no funcionen de manera adecuada en la zona.

Los lineamientos del Principio 7mo son claros al plantear el deber de colaboración de las empresas en todas las etapas de protección de los derechos humanos, empezando por las etapas de prevención y llegando hasta el deber de las empresas de abstenerse de contratar con otras organizaciones o personas que se hayan visto en o estén involucrados en violaciones a los derechos humanos o infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

Además del Principio 7.º, el Principio 23 deja claro que, a pesar del contexto en el que operen, las empresas deben cumplir a cabalidad todas sus obligaciones, tanto nacionales como internacionales, especialmente aquellas referentes al respeto de los derechos humanos y el deber de considerar los posibles efectos adversos a los derechos humanos de todas sus decisiones.

En lo que respecta a la historia constitucional colombiana, se han dado múltiples conflictos, en los cuales los diferentes actores han alegado una multiplicidad de razones por las cuales emprendieron alguna modalidad de lucha armada; sin embargo, la gran mayoría de actores, especialmente los grupos surgidos en la segunda mitad del siglo XX, tienen un factor motivacional común, que es la tenencia de la tierra y, en menor medida, la escasa, por no decir nula, atención prestada por el Estado a las necesidades de dicha comunidad.

Resulta especialmente relevante el factor motivacional de la tenencia de la tierra, toda vez que, como se vio a través de los ejemplos presentados, intereses económicos de empresas extranjeras han llegado a controlar de manera ilegal incluso la fuerza pública en las regiones que reciben sus operaciones. Dicha fuerza pública es, en muchos casos, la única forma de presencia estatal en dichas regiones, lo que deriva en una libertad total para operar en esos territorios, sin supervisión alguna del Estado central, situación que ha servido como caldo de cultivo para situaciones extremadamente delicadas de orden público que derivaron en graves afectaciones de derechos humanos para la población.

Resulta apenas lógico el interés empresarial por operar en Colombia, por la abundancia y variedad de sus recursos naturales. Regiones como el llamado Gran Magdalena, el Putumayo y el Valle del Cauca han tenido presencia de grandes empresas. Grandes petroleras han tenido y siguen teniendo presencia en el Putumayo, compañías mineras multinacionales han operado y explotado minas carboníferas en el Gran Magdalena y La Guajira, mientras la explotación de la caña de azúcar en el Valle del Cauca ha sido extensa.

Teniendo en cuenta este contexto, se dieron muchos casos de empresas relacionadas con grupos armados, la mayoría con un denominador común, dichas empresas financiaban y apoyaban (de manera voluntaria o involuntaria), estos grupos a cambio de seguridad para su personal, sus instalaciones y sus inversiones en la región.

Sin embargo, la población civil que se vio afectada en sus derechos humanos entre otras muchas causas, por la actividad empresarial en sus regiones, reaccionó con la creación de grupos armados ilegales. Estos grupos armados, que han tenido como propósito principal las implementaciones de algún tipo de reforma agraria también generaron el recrudecimiento del conflicto. Estos grupos armados combinaban estos propósitos con una pretensión clara e inequívoca de asumir el poder mediante una revolución armada y así cambiar por completo el modelo institucional del Estado.

Frente a esta situación el Estado ha tenido diferentes respuestas, tanto militares como legislativas. La gran cantidad de leyes promulgadas con la intención de afrontar el problema de la distribución de la tierra, con el fin de eliminar las causas del conflicto armado, han tenido una serie de características comunes, entre otras, la pretensión de formalizar y titularizar propiedades precarias y atender las demandas de personas que han sido víctimas de hechos violentos propiciados, alentados y, en ocasiones, cometidos por, o con aquiescencia de empresas multinacionales.

Sin embargo, la gran mayoría de estas iniciativas han resultado en fracasos; solo hasta la llegada de la Ley 1448 de 2011, de Víctimas y Restitución de Tierras, se empezaron a ver resultados tangibles, en gran medida por la incorporación de Principios para la Reparación Integral en el texto de la ley, el cual, por primera vez, brinda una metodología clara y omnicomprensiva para afrontar la complicada situación de derechos humanos que han vivido las víctimas, incluyendo la restitución de tierras despojadas y presunciones en contra de grandes terratenientes y empresas nacionales o extranjeras que hayan obtenido títulos de propiedad en zonas afectadas por el conflicto en tiempos determinados.

Otro factor que ha sido eje de debate y objeto de innumerables análisis ha sido el surgimiento de economías y verdaderas empresas ilegales, ya sea el contrabando en regiones fronterizas o el narcotráfico, cuyas consecuencias para Colombia han sido documentadas exhaustivamente, e incluso han servido de inspiración para diferentes productos de entretenimiento.

Con la llegada del Acuerdo de Paz entre el Gobierno nacional y la guerrilla de las FARC-EP se reabre el debate, esta vez con mucha más profundidad, toda vez que para la implementación de una reforma rural integral se requiere hacer un inventario exhaustivo de la economía colombiana, que trasciende el problema de la distribución de la tierra, haciéndose necesario un análisis de costos económicos, ambientales y sociales del modelo económico rural y empresarial que actualmente se está implementando en Colombia.

Es un hecho notorio que dicho modelo económico ha resultado increíblemente costoso en términos sociales, toda vez que Colombia ha sido vista como una nación de mono cultivo, y en ocasiones, implementando una economía netamente extractivista, dejando otros sectores sin explorar. Situación que propicia la perpetuación de economías y empresas ilegales que van de la mano con el surgimiento o mutación de grupos armados, y, por ende, con la continuación del conflicto en el país.

La implementación del mencionado Acuerdo ha estado de igual forma plagada de desaciertos, dificultades y tensiones políticas en el proceso de transición por diferentes circunstancias que van desde la llegada de miembros del Secretariado de las FARC-EP al Congreso de la República, hasta tensiones entre las ramas del Poder Público. Pero, a pesar de lo anterior, el Acuerdo, con sus componentes y puntos acerca de la reforma rural integral y derechos de las víctimas, ha adquirido rango constitucional, lo que significa hasta este momento que su puesta en marcha es obligatoria e inaplazable.

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

Agencia para la Reincorporación y la Normalización. *La reincorporación en cifras*. Disponible en <[http://www.reincorporacion.gov.co/es/reincorporacion/La%20Reincorporacion%20en%20cifras/Reincorporacion%20en%20cifras%20\(2\).pdf](http://www.reincorporacion.gov.co/es/reincorporacion/La%20Reincorporacion%20en%20cifras/Reincorporacion%20en%20cifras%20(2).pdf)>

Agencia para la Reincorporación y la Normalización. *Proyectos productivos colectivos*. Disponible en <<http://www.reincorporacion.gov.co/es/reincorporacion/Documents/Proyecto%20productivos%20colectivos.pdf>>

- BARBOSA CASTILLO, GERARDO, CORREA HENAO, MAGDALENA y CIRO GÓMEZ, ANDRÉS (editores). *Milicias guerrilleras: estudios empíricos y financieros*, vol. 5, Universidad Externado de Colombia y Ejército Nacional de Colombia, Bogotá, 2017.
- CARNEIRO, MAR, CORDERO, JUANJO, CORDERO, CARLOS y VIDAL, MARTÍN. *Cuaderno guía de los Principios Rectores ONU sobre Empresa y Derechos Humanos. Puerta de entrada*, Madrid, Sustentia Innovación Social, 2013.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. *La política de reforma agraria y tierras en Colombia, Esbozo de una memoria institucional*, Bogotá, CNMH, 2013.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. “*Patrones*” y *campesinos: tierra, poder y violencia en el Valle del Cauca (1960-2012)*, Bogotá, CNMH, 2014.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. *Petróleo, coca, despojo territorial y organización social en Putumayo*, Bogotá, CNMH, 2015.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. *Tierra y carbón en la vorágine del Gran Magdalena. Los casos de las parcelaciones de El Toco, El Platanal y Santa Fe*, Bogotá, CNMH, 2018.
- Congreso de la República de Colombia, Ley 135 de 1961, “Sobre Reforma Social Agraria”, Capítulo II, Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.
- Congreso de la República de Colombia, Ley 20 de 1969, “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre minas e hidrocarburos”.
- Congreso de la República de Colombia, Ley 975 de 2005, “De Justicia y Paz”.
- Congreso de la República de Colombia, Ley 1152 de 2007, “Por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones”.
- Congreso de la República de Colombia, Ley 1448 de 2011, “De víctimas y restitución de tierras”.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-175 de 2009. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- DAVIS, RACHEL. The UN Guiding Principles on Business and Human Rights and conflict affected areas: state obligations and business responsibilities, *International Review of the Red Cross*, n.º 887, 2012. Disponible en <<https://www.icrc.org/es/international-review/article/principios-rectores-de-la-onu-sobre-empresas-y-derechos-humanos-en>>

Diario *El Espectador*. En Guaviare los proyectos productivos de las FARC no marcan, del 16 de junio de 2018. Disponible en <<https://colombia2020.elespectador.com/territorio/en-guaviare-los-proyectos-productivos-de-la-farc-no-marchan>>

Diario *El Espectador*. Los excombatientes de las FARC que resisten en Colinas, Guaviare, del 11 de febrero de 2019. Disponible en <<https://colombia2020.elespectador.com/territorio/los-excombatientes-de-las-farc-que-resisten-en-colinas-guaviare>>

Entrevista a John Ruggie realizada el 29 de marzo de 2012 en la Universidad de Harvard, por Vincent Bernard, redactor jefe de la *International Review of the Red Cross*, y Mariya Nikolova, asistente de redacción. Disponible en <<https://www.icrc.org/es/international-review/article/entrevista-john-g-ruggie>>

Gobierno de la Comisaría de Putumayo. Decretos 158 y 159 de 1967.

GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO. *La Justicia Transicional vista desde las regiones*, Ministerio de Justicia y del Derecho, 2014.

KYRIAKAKIS, JOANNA. *Developments in international criminal law and the case of business involvement in international crimes*, 2012. Disponible en <<https://www.icrc.org/es/international-review/article/la-evolucion-del-derecho-penal-internacional-y-el-caso-de-la>>

Noticia Pacifista. En un año, a las antiguas FARC solo les han aprobado un proyecto productivo, del 16 de marzo de 2018. Disponible en <<https://pacifista.tv/notas/en-un-año-a-las-antiguas-farc-solo-les-han-aprobado-un-proyecto-productivo>>

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos. *Principios y directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005. Disponible en <<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/remedyandrepairation.aspx>>

Organización de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Protección y Promoción de los Derechos Humanos. *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los Derechos Humanos*. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Informe del Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas*, A/HRC/17/31.

SLIM, HUGO. *Business actors in armed conflict: towards a new humanitarian agenda*, 2012. Disponible en <<https://www.icrc.org/es/international-review/article/las-empresas-en-el-contexto-de-los-conflictos-armados-hacia-un-nuevo>>

Theodore Roosevelt Center. *The Sherman Anti-Trust Act*. Disponible en <<https://www.theodorerooseveltcenter.org/Learn-About-TR/TR-Encyclopedia/Capitalism-and-Labor/The-Sherman-Act>>

Unidad de Restitución de Tierras. *Diálogos técnicos de política de restitución de tierras, Ley 1448 de 2011. Primer diálogo técnico de política: restitución de tierras tras dos años de implementación*, Bogotá.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en septiembre de 2019

Se compuso en caracteres Ehrhardt Regular de 11,5 puntos
y se imprimió sobre Holmen Book Cream de 60 gramos
Bogotá (Colombia)

Post tenebras spero lucem