

UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

**ASIMETRÍAS DE PODER Y EMANCIPACIÓN DE
DERECHOS: ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL
COLOMBIANA Y LÍMITES AL PODER CORPORATIVO
COMO DIÁLOGO ENTRE DEMOCRACIA, ECONOMÍA Y
AMBIENTE**

Fabián Andrés León Peñuela

Universidad Nacional de Colombia
Faculta de Derecho, Ciencias políticas y Sociales
Bogotá, Colombia
2023

ASIMETRÍAS DE PODER Y EMANCIPACIÓN DE DERECHOS: ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y LÍMITES AL PODER CORPORATIVO COMO DIÁLOGO ENTRE DEMOCRACIA, ECONOMÍA Y AMBIENTE

Fabián Andrés León Peñuela

Tesis o trabajo de investigación presentada(o) como requisito parcial para optar al
título de:

Magister en Derecho

Director (a):

PhD. Andrés Abel Rodríguez Villabona

Línea de Investigación:

Derecho constitucional, actores económicos y derechos humanos

Grupo de Investigación:

Derecho Constitucional y Derechos Humanos

Universidad Nacional de Colombia

Faculta de Derecho, Ciencias políticas y Sociales

Bogotá, Colombia

2023

*A Isidoro León, luchador incansable,
coherente e insumiso por la educación. A Clara,
mujer digna y sabia, guía permanente en mi vida;
a Amaru y Sandra, mis pilares de amor y
resistencia.*

Declaración de obra original

Yo declaro lo siguiente:

He leído el Acuerdo 035 de 2003 del Consejo Académico de la Universidad Nacional. «Reglamento sobre propiedad intelectual» y la Normatividad Nacional relacionada al respeto de los derechos de autor. Esta disertación representa mi trabajo original, excepto donde he reconocido las ideas, las palabras, o materiales de otros autores.

Cuando se han presentado ideas o palabras de otros autores en esta disertación, he realizado su respectivo reconocimiento aplicando correctamente los esquemas de citas y referencias bibliográficas en el estilo requerido.

He obtenido el permiso del autor o editor para incluir cualquier material con derechos de autor (por ejemplo, tablas, figuras, instrumentos de encuesta o grandes porciones de texto).

Por último, he sometido esta disertación a la herramienta de integridad académica, definida por la universidad.

Fabián Andrés León Peñuela

Fecha 23/01/2023

Agradecimientos

Esta investigación no hubiera sido posible sin el apoyo del profesor Andrés Abel Rodríguez Villabona quien asumió la dirección de la misma a pesar de versar sobre un tema poco desarrollado en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.

Sin amor y compromiso ninguna obra es posible. Por ello, agradezco el apoyo incondicional de mi amada Sandra, quien con cariño y compromiso leyó este trabajo y aportó importantes comentarios sobre el mismo. A mis colegas del Centro de Información Sobre Empresas y derechos humanos, con quienes intercambie durante dos años ideas y discusiones que fueron plasmadas en este documento; junto a Amanda, Valentina y Juan Diego pudimos construir y participar en múltiples iniciativas de la sociedad civil y su anhelo por defender derechos humanos frente a los abusos corporativos.

Finalmente, este trabajo busca contribuir con los reclamos de justicia y reparación de millones de personas que lo han perdido todo a costa de la ilusión del crecimiento económico y la generación de riqueza, las cuales, como agua en las manos, son extraídas de su territorio sin recibir nunca las ganancias ni las debidas compensaciones por la destrucción de sus formas de vida. Hoy más que nunca la academia debe comprometerse a construir muchos mundos posibles, donde tengan lugar *los condenados de la tierra*.

Resumen

-Asimetrías de poder y emancipación de derechos: estructura constitucional colombiana y límites al poder corporativo como diálogo entre democracia, economía y ambiente.

Esta investigación se enfocó en la reconstrucción del rol de los derechos humanos frente a las asimetrías de poder entre Estado, Empresas y comunidades enfatizando su potencial como límites al poder corporativo. Para ello, se desarrolló una reflexión sobre los derechos desde diversos enfoques como la memoria histórica, el análisis costo-beneficio y la caracterización de poder corporativo. También se profundizó en el modelo constitucional colombiano y se desarrolló una propuesta teoría denominada constitucionalización de barreras a los derechos. Finalmente, se abordaron varios espacios en disputa donde las asimetrías de poder se expresan en conflictos como los suscitados entre derecho al desarrollo, participación ciudadana, derecho al territorio, el extractivismo y la rendición de cuentas corporativa en escenarios de justicia transicional.

Palabras clave: Derechos humanos, derecho al desarrollo, democracia Ambiental, Participación ciudadana, actores económicos, constitución económica, asimetrías de poder.

Abstract

Asymmetries of power and emancipation of rights: Colombian constitutional structure and limits to corporate power as a dialogue between democracy, economy and environment

This research reconstructs the role of human rights vis-à-vis the power asymmetries between the State, companies and communities, emphasizing their potential as limits to corporate power. To this end, this document developed a reflection from different approaches such as historical memory, cost-benefit analysis and the characterization of corporate power. The Colombian constitutional model was also explored in depth and a theoretical proposal called constitutionalization of rights barriers was developed. Finally, several disputed spaces were addressed where power asymmetries are expressed in conflicts such as those between the right to development, citizen participation, the right to territory, extractivism and corporate accountability in transitional justice scenarios.

Keywords: Human rights, right to development, environmental democracy, citizen participation, economic actors, economic constitution, power asymmetries.

Contenido

	Pág.
Resumen	IX
Lista de figuras	XVIII
Lista de tablas	XIVV
Lista de Símbolos y abreviaturas	XV
Introducción	1
1. Capítulo 1: ¿Derechos como límite al poder?	9
1.1 Violencias y derechos	12
1.2 Nuevos sujetos del derecho: ¿actores económicos o empresas?.....	14
1.3 El poder como categoría de acción/reflexión en materia de derechos humanos	17
1.3.1 Asimetrías de poder	22
1.4 Derechos humanos como escenarios de memoria	25
1.5 Una reflexión puntual desde el análisis costo/beneficio.....	28
1.6 Los límites de la dicotomía voluntariedad/vinculatoriedad.....	34
2. Capítulo 2: La paradoja constitucional del caso colombiano: entre economía y	
derechos	37
2.1 Estado social de derecho y constitución económica.....	43
2.1.1 Soberanía y extraterritorialidad: La lex mercatoria	48
2.2 ¿Estado Social de derecho postwesfaliano?: Las políticas públicas en materia de empresas y derechos humanos.....	50
2.3 La diligencia debida en el contexto colombiano	55
2.4 La constitucionalización de barreras a los derechos humanos	60

2.4.1	Seguridad jurídica: Derechos humanos e inversión extranjera	65
2.4.2	La clausula de lo absoluto: La declaratoria de utilidad pública	72
2.4.3	El modelo económico y el estado de cosas inconstitucional en Colombia (300 palabras)	74
3.	Capítulo 3: Escenarios en disputa	77
3.1	Extractivismo y democracia ambiental	80
3.1.1	Lo local y lo nacional: el derecho a decidir	84
3.1.2	El derecho al desarrollo o a los desarrollos	90
3.2	Asimetrías del litigio e ineficacia de las desiciones judiciales.....	96
3.2.1	Abuso del derecho: Más allá de la reacción adversa	97
3.3	Un aporte desde la justicia transicional: Entre reparación y transformación	99
4.	Conclusiones y recomendaciones	105
4.1	Conclusiones.....	105
4.2	Recomendaciones.....	110
	Bibliografía	113

Lista de figuras

	Pág.
Ilustración 1. Mapa global de adopción de PNAs. Tomado de: https://globalnaps.org/	53
Ilustración 2. Estructura cosntitucional sobre regulación de actores económicos. Elaboración propia	63
Ilustración 3. Principio de seguridad y asimetrías de implementación. Elaboración propia con base en Peces-Barba (2010)	67
Ilustración 4. Demandas contra Colombia ante el CIADI. Elaboración propia con base en Moore y Pérez (2019)	71
Ilustración 5. Instrumentos de derecho internacional sobre le derecho al desarrollo. Elaboración propia	92
Ilustración 6. Propuesta de estructura para crear una línea de investigaicón sobre empresas y derechos humanos. Elaboración propia	112

Lista de tablas

	Pág.
Tabla 1. Instrumentos de derecho internacional sobre obligaciones en materia de derechos humanos de actores económicos. Elaboración propia	15
Tabla 2. Esferas de gobernanza policéntrica. Elaboración propia.	35
Tabla 3. Reconstrucción de críticas y propuestas sobre el PNA desde la sociedad civil. Elaboración propia	55
Tabla 4. Caracterización de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Elaboración propia	64
Tabla 5. Políticas públicas y modelo minero-energético. Elaboración propia.....	74
Tabla 6. Estrategías sobre actores económicos en conflictos armados. Elaboración propia con base en Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (2020)	102
Tabla 7. Estrategias de la justicia transicional que pueden aplicarse al campo de las empresas y los derechos humanos. Elaboración propia con base en Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (2022).....	103

Abreviaturas

Abreviaturas

Abreviatura Término

<i>REDESCA</i>	Relatoría Especial de Derechos Económicos, sociales, culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos
<i>PNA</i>	Plan Nacional de Acción
<i>PR</i>	Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos
<i>SIDH</i>	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
<i>GT</i>	Grupo de Trabajo sobre Empresa y Derechos humanos de Naciones Unidas
	Grupo de Trabajo sobre Empresa y Derechos humanos
<i>OIT</i>	Organización Internacional del Trabajo

Introducción

Este trabajo tiene por objeto de estudio los debates en torno a las asimetrías de poder entre actores económicos, Estado y comunidad, teniendo en cuenta la consolidación de la democracia como fundamento de la interacción entre Estado, ciudadanía crítica y derechos humanos (dado su rol esencial). Post y Siegel (2013), plantean que este tipo de discusión supone un constitucionalismo democrático. Por otra parte, es importante comprender las relaciones de poder que acaecen en contextos de materialización de derechos y operaciones empresariales, teniendo en cuenta los diferentes niveles territoriales y estableciendo como punto de partida de la discusión, los debates que ofrecen la garantía del/los derechos/s al desarrollo, en un contexto de conflictos ambientales expresados en los antagonismos entre consultas populares y política minera en Colombia.

En este orden de ideas, se propone una reflexión sobre como el derecho al desarrollo supone un escenario de interacción entre el modelo económico y la declaración de derechos de la constitución de 1991, y pone como eje transversal al ambiente y la concepción de territorio, siendo este ultimo *“algo más que la suma de los recursos naturales”* en tanto *“adquirió una relevancia política y económica sobre la que descansa la acción del estado”* (Llanos-Hernández. 2010 p. 210). Lo anterior para comprender tanto la estructura constitucional como las posibilidades que tienen los derechos humanos de constituirse en límites al poder corporativo. Por lo tanto, son conceptos de análisis en este documento las Asimetrías de poder, derechos humanos, actores y actividades empresariales, participación y democracia ambiental en el escenario del dialogo entre Estado Social de Derecho y garantía del derecho al/los desarrollo/s.

En este orden de ideas, es posible establecer una intersección entre materialización de derechos, participación ciudadana y territorio, en interacción con el derecho al desarrollo, las asimetrías de poder entre comunidades con el poder corporativo y la reprimarización

de la economía colombiana, que se soporta en el modelo constitucional de 1991. Dicha intersección se complejiza en comunidades en donde interactúan diversos actores económicos, diversidad asociada al grado de implementación de políticas de diligencia debida, de participación en el conflicto armado y/o de implementación de obligaciones en derechos humanos; y en donde existen pluralidad de intereses comunitarios y/o altos niveles de vulnerabilidad.

El núcleo de análisis de esta investigación tiene un origen fáctico y uno teórico. En cuanto al origen fáctico, son dos los eventos de referencia. En primer lugar, con la declaración sobre el derecho al desarrollo, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante la resolución 41/128 del 4 de diciembre de 1986, se plantea un nuevo punto de partida al debate sobre la exigibilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y, en el siglo XXI, ambientales (Aguilar Cavello. 2017); no sin que ello implique importantes desafíos, pasando por definir cuál modelo de desarrollo es compatible con los derechos humanos, si es posible una pluralidad de modelos o incluso si hablamos de derecho a los desarrollos (Escobar. 2014).

En segundo lugar, en el año 2011 el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, luego del arduo trabajo desarrollado por John Ruggie como Representante Especial del Secretario General de la ONU para Empresas y Derechos Humanos, aprobó los denominadas principios rectores sobre empresas y derechos humanos, instrumento de derecho internacional público concebido para dar base a criterios de responsabilidad de las empresas con el fin de prevenir violaciones a los derechos humanos por parte de las mismas (Rodríguez Garavito. 2018, 2017, 2015, 2015a y 2014). Estos principios, dan cuenta de una realidad denunciada por múltiples organizaciones y movimientos sociales: las empresas y sus actividades tienen impactos sobre los Derechos Humanos, sin importar el territorio o contexto en dónde operen. Para tal efecto, el Estado pasa a jugar un rol fundamental en la garantía de derechos, en términos de obligaciones internacionales, las cuales se extienden a las empresas en términos de responsabilidades, para lo cual se definieron tres “pilares” principales: a) **Proteger** los Derechos Humanos- *deber de los Estados*; b) **Respetar** los Derechos Humanos- *responsabilidad de las empresas*; y c) **Remediar** las afectaciones que sobre los Derechos Humanos realicen las empresas (Centralidad de las víctimas).

Rodríguez Garavito (2018) identifica dos corrientes de análisis frente a los principios rectores que, de igual forma, han permeado los análisis sobre empresas y derechos humanos: La dimensión estática y la dimensión dinámica. En la primera línea de análisis, podemos identificar autores como John Ruggie (2014), quien plantea la discusión de arriba hacia abajo, en el sentido de incentivar y fortalecer la institucionalidad internacional, asociada principalmente al sistema universal de derechos humanos (i.e. Naciones Unidas), a fin de que sea desde estas instituciones que se promueva un mayor grado de respeto a los derechos humanos; claro esta, desde un lenguaje de gestión que sea atractivo a los actores económicos, para que los instrumentos voluntarios tengan un mayor alcance. Si bien esta es una lectura vertical del tema, se destaca la articulación que propone Ruggie entre participación de la sociedad civil y fortalecimiento del derecho internacional de los derechos humanos.

Desde una postura similar, el profesor cubano estadounidense Catá Backer (2006) ha construido, desde los años 50, dos tendencias a tener en cuenta, basadas en una perspectiva histórica y de análisis de la representación de actores. La primera de estas tendencias lleva implícita una mayor abstracción de la individualidad, lo cual ha generado mayor resistencia a la idea de una democracia de masas o si se quiere a la colectivización de asuntos públicos. En segundo lugar, se ha consolidado un debilitamiento general de los Estados, dando paso a escenarios de orden policéntrico del poder. En la intersección de estas dos tendencias, dice el autor, se evidencia que la voluntad de los Estados ha socavado la de los ciudadanos, lo que se traduce en una redefinición de la naturaleza y el objeto de la representación, por lo que los territorios operan como “*Bowls*” en donde convergen diferentes ordenamientos jurídicos de orden nacional e internacional. Por estas razones, Catá Backer (2016) sostiene que el escenario actual de derechos humanos y empresas opera bajo la lógica de “*self-application*” y en ese sentido, mecanismos como los tratados vinculantes son, cuando menos, anacrónicos.

Asimismo, en materia de empresas y derechos humanos se identifican dos discursos dominantes sobre el desarrollo, que son determinantes en términos de derechos humanos (Thérien. 1999): el paradigma de Bretton Wood y el paradigma de Naciones Unidas. En el primero de ellos, el principal objetivo es la integración económica, donde la gobernanza es orientada y dirigida por las empresas, que tienen mayor injerencia en proporción a la concentración de poder ejercido por ellas, poniendo a las multinacionales en la cúspide de

la pirámide de poder. En el segundo caso, Thérien habla de un “paradigma opuesto” caracterizado por entender que la globalización es, en sí misma, la causa de inequidades entre países, siendo insoslayable promover una gobernanza de las inversiones y las operaciones ejecutadas por empresas y mercados, para asegurar el bienestar de los pueblos en sus territorios; lo cual apunta, de manera primordial, a aquellas empresas del sector extractivo.

La lectura de los paradigmas dicotómicos es sostenida por Matte (2011), quien agrega una paradoja: en las tensiones entre los dos modelos, predomina el primero, pues se asocia al sector privado con el desarrollo y al sector público con un gasto desproporcionado e innecesario. Este contra-discurso legitimador, pone a los derechos como un obstáculo al desarrollo y, en consecuencia, pretende dar un carácter de suficiencia al *soft law* como regulador de las actividades empresariales, para la garantía de los derechos humanos. Pese a lo anterior, como señala Tranchecoste (2010), no es coherente hablar de una pérdida de preponderancia del Estado como actor internacional, pues lo que se evidencia es una interdependencia entre multinacionales y Estados; actuando las primeras, en muchos casos, como complemento de su diplomacia. Así las cosas, no es lógico dejar de lado que el Estado siempre haya fomentado el desarrollo de las grandes empresas nacionales y que grupos económicos, en concreto, pretendan ejercer su control a través de la captura corporativa del Estado.

En general, sigue predominando la lectura voluntarista. Ejemplo de ello se identifica en la idea de diligencia debida, entendida desde las empresas como un asunto para la gestión de recursos y no para la garantía de derechos (Cantú Rivera. 2013). Por esta razón, algunas organizaciones de la sociedad civil han planteado la necesidad de hablar de una dimensión reforzada de la misma. Así, en abril de 2020, la Mesa Nacional de ONG sobre empresas y derechos humanos de Colombia (2020) planteó el concepto de **diligencia debida obligatoria y aumentada**, desde la cual se eliminaría el discurso voluntarista, pero además se le daría un alcance preventivo y de monitoreo permanente de las conductas empresariales¹.

¹ El autor de esta tesis de maestría participó activamente en la redacción de este documento en tanto investigador del programa Colombia del Business & Human Rights Resource Centre.

Sin embargo, En el contexto interamericano, La Relatoría Especial de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales -REDESCA-, bajo la dirección de Soledad García Muñoz, ha presentado importantes reflexiones, dentro de las cuales se resaltan tres. En primer lugar, la REDESCA sostiene que *·la ausencia de un mecanismo de cumplimiento y supervisión internacional de derechos humanos sobre agentes privados dentro del derecho internacional de los derechos humanos no implica necesariamente que las normas que de éste emanan les sean esquivas o no les produzcan ningún efecto*” (REDESCA. 2019. Parr 179). En segundo lugar, al no existir la posibilidad de invocar un vacío como eximente de responsabilidad, es claro que todo esquema voluntario, no solo es insuficiente sino contrario a los estándares interamericanos. Finalmente, la diligencia debida implica establecer “sistemas y procesos de derechos humanos efectivos” (REDESCA. 2019. Parr 50), que obligan de manera particular a los Estado, pero también y de manera directa a las empresas.

Metodológicamente hablando, se estableció como punto de partida el marco constitucional colombiano en el que interactúan la promesa de un Estado Social de Derecho, los derechos como estructura de cohesión del sistema político-económico colombiano y la “esquizofrenia” que representa el modelo económico contenido en el mismo proyecto constitucional (en un contexto de globalización y policéntrismo de la gobernanza en general), los derechos humanos aparecen como posibles límites al poder no sólo del Estado, sino de las estructuras corporativas, que tienden a transnacionalizarse. En este sentido, un análisis del modelo constitucional colombiano, como causa y a la vez posibilidad de control del poder corporativo, basado en el entramado de derechos humanos reconocidos en la constitución, como estructura de sostén y, en la acción constante y reivindicativa de diferentes organizaciones y comunidades, quienes movilizan el sistema y en favor de la materialidad del bienestar, podría dar cuenta de estrategias para reducir las marcadas asimetrías de poder entre actores económicos y comunidades, como punto de partida para pensar nuevas regulaciones, políticas y escenarios de materialización de derechos que superen la rigidez de lo legalmente constituido y permitido.

Por otra parte, el referente teórico desde el cual se propone la reflexión de este documento, recurre a la propuesta de la teoría del enmarque desde dónde se plantean tres preguntas transversales: *el qué, el quien y el cómo* de la justicia en términos de redistribución, reconocimiento y representación. Es decir, un replanteamiento de la Gramática de la

justicia (Fraser, 2008). La profesora Fraser nos ofrece en su planteamiento teórico, importantes elementos de análisis desde los cuales buscamos determinar **por qué** la tensión inherente a las asimetrías de poder, que encarna la materialización de derechos y las obligaciones que deberían incidir en las conductas de actores económicos, pero que como señalamos anteriormente, operan bajo un doble rasero según el cual, las empresas se presentan como el motor del desarrollo y el bienestar pero cuando en razón de su conducta o de su influencia en los contextos donde operan, ocurren violaciones a los derechos humanos, se les da una *connotación infantilizada*, restándoles no solo responsabilidad, sino capacidad de previsión y control sobre las afectaciones a derechos.

Este trabajo se centra en las principales tensiones entre el modelo económico y el Estado Social de Derecho, partiendo del análisis de los derechos humanos como límites al poder no solo estatal sino también corporativo, reconociendo las marcadas asimetrías entre actores económicos, Estado y comunidades, en interacción con los principales debates de la democracia ambiental y la democratización de la economía. Por lo tanto, un análisis transformador de los derechos humanos obliga a proponer como correlato la clásica discusión sobre el propósito de una sociedad justa, entendida como aquella que *“permite a todos sus miembros acceder a los bienes fundamentales de la manera más amplia posible”* (Piketty. 2019. Pp1146). Lo anterior pone de nuevo a la participación ciudadana como motor de: transformaciones y materialización de derechos; por tanto, *“la transformación del sistema político y la estructura de las desigualdades seguirá yendo de la mano [y] renunciar a cambiar las normas, alegando que sería demasiado complicado, significaría ignorar las lecciones de la historia e impedir cualquier cambio real”* (P. 1205) Thomas Piketty (2019).

Así pues, toma sentido la propuesta teórica desde la cual se desarrolla el presente estudio: en primer lugar, articula el reconocimiento de lo que sería una “estructura de sostén” de los derechos, efectiva en razón del activismo social; en segundo lugar existe un dependencia entre materialidad de derechos y vida digna, por lo que una institucionalidad débil afecta la libertad y, en tercer lugar, un cambio de postura sobre la determinación de la propiedad y la libertad como derechos transversales en abstracto plantean, como nuevos paradigmas, el derecho/s al desarrollo y el bienestar como determinadores de la igualdad y la libertad y, como escenarios en disputa de la consolidación de sistemas democráticos garantes de derechos.

De manera transversal se tuvo en cuenta el concepto de “Región” cimentado en la idea de *contenedores sociales* (Fals Borda, 2000) y de una comprensión integral de los derechos humanos como límites al poder, ya no sólo estatal sino corporativos, tratando de responder a la pregunta sobre *¿Cuál es la estructura constitucional colombiana en materia de actores económicos y la garantía de derechos humanos, entendiendo estos últimos como límites al poder corporativo, en el marco de las tensiones entre derecho al desarrollo, participación ciudadana, derecho al territorio y extractivismo?*

Para responder a esta pregunta, la presente investigación intentó reconstruir el rol de los derechos humanos frente a las asimetrías de poder entre Estado, Empresas y comunidades; asimetrías enmarcadas en el conflicto que se ha suscitado entre derecho al desarrollo, participación ciudadana, derecho al territorio y extractivismo. La reconstrucción señalada se desarrolla en tres capítulos.

El primer capítulo analiza la pregunta sobre *¿cómo los derechos son límites al poder?* Para responder a esta pregunta, se realizó una caracterización de los derechos humanos como pilares de los modelos constitucionales y democráticos que propenden por estados sociales de derecho; estableciendo algunos criterios como la influencia de la crisis del estado postwesfaliano, la posibilidad de establecer una estructura de sostén que articule la acción colectiva a la garantía de los derechos y la superación de la falsa dicotomía entre derechos y desarrollo económico. Adicionalmente, se establecieron seis debates que permiten reconfigurar y entender a los derechos humanos como formas de contrarrestar los abusos de poder de actores económicos.

En primer lugar, se profundizó sobre la relación entre derechos y violencia, enfatizando en algunas formas que persisten a pesar del propósito de eliminarlas. En segundo lugar, fue necesario establecer a los actores económicos como sujetos obligados de derecho internacional y explicar el mayor alcance que tiene el concepto de actor económico sobre el concepto de empresa. En tercer lugar, se abordó la discusión sobre la categoría poder y derechos humanos, enfatizando las asimetrías para la realización de dichos derechos. En cuarto lugar, se propone abordar los derechos humanos como escenario de memoria y la necesidad de enunciación de injusticias cometidas como acción reparadora. En quinto lugar, se plantean las posibilidades de incluir el análisis costo/beneficio como lenguaje

articulador entre la regulación de actores económico y la garantía de derechos. Por último, se propone superar la dicotomía entre instrumentos vinculantes y no vinculantes, recordando que esta ya no es una utopía, sino un fenómeno socio- jurídico que se viene consolidando.

El segundo capítulo se adentra en el modelo constitucional colombiano y las dicotomías entre modelo económico y derechos humanos. Por esta razón, se proponen cuatro reflexiones sobre la regulación de actores económico y sus obligaciones en materia de derechos humanos, en el marco del modelo constitucional colombiano. En primer lugar, se analizan las dificultades del ejercicio de la soberanía en un mundo globalizado y como la *lex mercatoria* debilita los modelos constitucionales. En segundo lugar, se analizan las políticas públicas en materia de empresas y derechos humanos, entendiendo que el modelo estatal tradicional se encuentra en crisis. En tercer lugar, se analiza la implementación de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos humanos (PR) en el contexto colombiano, especialmente la diligencia debida. Por último se plantean tres barreras constitucionalizadas que debilitan la regulación de actores económicos en materia de derechos humanos.

El tercer capítulo se plantea tres escenarios en disputa, fundamentales para comprender las necesidades insoslayables de consolidar un modelo de derechos humanos que permita limitar los abusos de poder de actores económicos. En primer escenario lo ofrece la democracia ambiental y las controversias que plantea al modelo extractivista, tanto desde la perspectiva del derecho a la participación, como al desarrollo. El segundo escenario plantea la necesidad de formar a los actores decisionales de la justicia sobre los impactos de las actividades empresariales sobre los derechos humanos y la necesidad de comprender las dificultades del litigio estratégico contra actores económicos. El último escenario plantea algunos debates de la justicia transicional que deberían ser llevados al escenario de la regulación de actores económicos y la consolidación de obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos para estos.

Se concluye con una recapitulación y reflexión sobre el campo de las empresas y los derechos humanos en los estudios de derecho constitucional y se proponen algunos ejercicios académicos que deberían ser implementados por la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y sociales de la universidad Nacional de Colombia.

Capítulo 1: ¿Derechos como límite al poder?

Desde su reconocimiento político y jurídico, los derechos humanos han sido entendidos como límites al poder, lo que comprende dos dimensiones fundamentales: en primer término, se hace referencia a aquellas prerrogativas procesales y criterios previos de interacción entre la ciudadanía y la burocracia estatal, para equilibrar la relación asimétrica que desfavorece a los primeros. En segundo término, luego de los devastadores efectos de la segunda guerra mundial, la dignidad humana pasa a convertirse en el hilo conductor de los derechos humanos, lo que hoy nos permite hablar de su universalidad, interdependencia e integralidad; y en consecuencia a entender los derechos humanos como pilares estructurantes de todo proyecto democrático; es decir como obligaciones a materializar sin dilación, en el sentido de una progresión en su cumplimiento.

Empero, detrás del lenguaje de límites planteado anteriormente, existe una constatación fáctica sobre el carácter fundamental de los derechos humanos, con lo cual nos referimos a diferentes formas de violencia como ejercicio del poder, y que no se reduce a escenarios de conflicto armado de manera exclusiva o a la represión perpetrada por actores armados legales e ilegales, sino que se amplía al reconocimiento de la negación de derechos como forma de violencia estructural.

Adicionalmente, sociedades con importantes niveles de desigualdad y exclusión social se enfrentan, cuando de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales se trata, a la pregunta sobre la compatibilidad del desarrollo y la materialización de los mismos. Sin embargo, para responder tal interrogante, debemos retomar la noción de límites al poder, ya no en el contexto reducido de los Estados-Nación westfalianos y de los sujetos de derecho tradicionales (en función de la nacionalidad), sino frente a escenarios transnacionales, en los cuales las empresas son centrales, en razón del poder que

acumulan y de su permanente conducta al margen de los derechos, que se entendieron, al menos de manera inicial, como una única obligación de los Estados.

Otro escenario donde se pueden identificar dichas asimetrías de poder es el de la materialización de derechos humanos, alrededor de la autonomía territorial, que en un estado centralista tiene nuevas dinámicas y esferas de acción al momento de irrumpir en la participación ciudadana, al ser dinámicas que fortalecen dicha autonomía en un sentido inversamente proporcional a las competencias del Estado central. Ejemplo de ello es la falaz declaratoria de soberanía popular que hace el estado colombiano, pero que en la práctica no permite a las comunidades hacer efectivo su derecho a decir No; abrogándose el poder central y el derecho a decidir qué zonas del país son sacrificables en favor de diferentes poderes corporativos. Con lo cual se legitima la constitucionalización de un modelo económico que ha dejado “el control del subsuelo” en manos de un Estado capturado corporativamente, como si este tipo de control no afectara el territorio de comunidades que se niegan de manera reiterativa a proyectos extractivos.

Este documento pretende mostrar cómo pueden ser los derechos humanos límites efectivos al poder corporativo, como lo han sido frente a los abusos estatales, pero tal posibilidad no es *a priori*. Para poder afirmar lo anterior es necesario identificar lo que Charles Epp ha denominado “estructura de sostén” (2013), entendida como aquel entramado de organizaciones que coadyuvan, acompañan y defienden derechos colectivos (Epp. 2013). Esta explicación de legitimación constante y ampliada de derechos se explica por dos razones: en primer lugar, toda revolución de derechos implica un “*litigio extendido y sostenido*” (Epp. 2013. Pp 43); y, en segundo lugar, la corriente continua de casos llevados a los tribunales por el activismo social, permite a las altas cortes tener un amplio material para ejercer su activismo judicial y presentarse como referentes y motores del cambio social. Por último, algunos órganos estatales (en el caso colombiano las procuradurías), cumplen también un papel crucial en la legitimación de reclamos populares que dinamizan la revolución de los derechos.

La preocupación por los derechos es en sí misma una inquietud por la democracia (Holmes & Sunstein. 2011) y, en este sentido, un segundo orden de comprensión de los derechos como límites al poder corporativo. Por esta razón, es necesario un cambio de postura frente al papel aparentemente incuestionable que deben jugar la libertad y la propiedad como

derechos-límites, planteando la equidad y el bienestar como fundamentales, los cuales se materializan en el escenario del derecho al desarrollo. Lo anterior, porque tal como señala Holmes & Sunstein (2011) *“la equidad no es solamente una norma moral: también es una poderosa herramienta de administración”* (P. 227). Es decir que resulta mucho más beneficioso para un Estado promover una materialización efectiva de derechos, desde una dimensión de equidad y justicia social, que promover modelos que abiertamente consolidan situaciones de desigualdad social, severos impactos ambientales, reducción de la diversidad cultural y debilitamiento institucional.

Entender el alcance de los derechos humanos como límites al poder, implica identificar tanto la institucionalidad existente y su potencialidad, como otros escenarios culturales y sociológicos determinantes. Al respecto, un enfoque interesante lo provee el constitucionalismo democrático, el cual otorga un lugar central, en la garantía de derechos, al papel que juega el compromiso público por legitimar el control constitucional, así como la intervención de los tribunales y del funcionamiento general de las instituciones (Post & Siegel. 2013), pues de este modo se pueden contemplar dinámicas contra-derecho o “backlash”.

En este orden de ideas, se deben comenzar la reflexión sobre derechos que pueden articular el propósito anunciado. Un buen ejemplo de esto es el derecho al desarrollo como un escenario en disputa, donde puede comprenderse el papel de límite al poder que ofrecen los derechos humanos. Lo anterior pues, tal como señaló Nayak: *“the right to development provides new dimensions to human rights, it represents the transposition of these rights to the level of the international community”* (Nayak. 1992. Pp 153). Así, en una evolución general de los derechos humanos, al plantearse el desarrollo como uno de ellos, se ponen en juego muchas más dimensiones, además de la simple discusión sobre el acceso a las ganancias; entre otras, la participación efectiva de la tan mentada generación de riqueza de los modelos capitalistas (Trebilcock & Mota Prado. 2017).

Por lo tanto, la discusión sobre cómo los derechos humanos podrían limitar al poder corporativo, tiene que ver con reconocer que *“los poderes económicos sin límites se convierten en una amenaza para la democracia y los derechos humanos”* (Asúnsolo Morales, 2017, P. 31). Tal amenaza amerita identificar un conjunto de vacíos relacionados con la persistencia de violencias estructurales, la necesidad de caracterizar a los actores

económicos como sujetos con obligaciones en materia de derechos humanos, las dinámicas de poder que subyacen a la posibilidad de materializar derechos en contextos de actividades empresariales, la necesidad de dinamizar los derechos en una perspectiva histórica, la articulación de lenguajes jurídicos y económicos para dar claridad al potencial de los derechos humanos como límites al abuso de poder corporativo y finalmente la comprensión de la relación entre el derecho nacional e internacional, cuando los derechos humanos se convierten en escenarios de regulación de actores económicos.

1.1 Violencias y derechos

En el trasfondo de la premisa que entiende los derechos como conquistas y como límites al poder, se encuentra la idea de que su reconocimiento y garantía son la mejor forma de resolver la conflictividad social. Sin embargo, en el pensamiento liberal dominante, se resuelven las conflictividades eliminándolas. Pero esta perspectiva no se corresponde con la realidad y obedece más a una forma de dominación. De hecho, asumir que la conflictividad desaparece, sirve para ocultar formas de violencia que permanecen, incluso en el contexto de un Estado de Derecho.

En este orden de ideas, a pesar de la ilusión de la igualdad ante la ley y de la idea de límites al poder, Stammers (1993) señala lo siguiente: no se puede olvidar que el modelo económico actual se consolidó como hegemónico bajo una estrategia de política internacional que centro sus bases sobre el colonialismo y el imperialismo (P. 79). Es decir, un modelo que se cimenta sobre las formas violentas de apropiación. Esta última puede entenderse como *“afrentas evitables a las necesidades humanas básicas, y más globalmente contra la vida, que rebajan el nivel real de la satisfacción de las necesidades por debajo de lo que es potencialmente posible”* (Galtung, 2003, P.9) Entonces, la idea de eliminar la conflictividad social a través de los derechos no ofrece un escenario más favorable a la justicia y a la paz. Por el contrario, esta perspectiva tiende a ocultar formas de violencia estructural que persisten en y a través del modelo económico.

En este orden de ideas, aunque el reconocimiento de derechos ha sido progresivo, persisten varios tipos de violencias que deben ser tenidas en cuenta al momento de analizar la intersección entre los derechos humanos y las obligaciones de los actores económicos:

- a) Un solo desarrollo: Aunque los principales debates sobre la crisis climática y sobre la comprensión de los derechos humanos como lenguaje de la dignidad humana (De Sousa Santos, 2014) han traído reflexiones interesantes sobre la posibilidad de construir modelos de sociedad plurales. Lo cierto es que en el contexto del sistema-mundo (Wallerstein, 2005), se ha impuesto un solo modelo económico válido, que asimila el desarrollo como sinónimo de progreso y, este último, como realización de la acumulación de riqueza y de crecimiento económico. La teoría que subyace a este modelo considera que la forma más racionalmente favorable para que una economía pueda ser estable, es la de renunciar a producir ciertas cosas, en favor de aquellas que representen un costo marginal menor (Ventajas comparativas). En este orden de ideas, unos países terminan especializándose en la extracción de materias primas y otros en transformarlas. Este esquema implica que los países que se especializan en materias primas, deban apropiárselas a través de modelos extractivos, los cuales como señalan Campanini, Gandarillas y Gudynas (2019) se caracterizan por ser violentos. Además, la idea de un único desarrollo tiende a ejercer formas de violencia estructural en la medida en que niega otras formas de vida, reduciendo a la diversidad cultural a aquella que se adapte al modelo económico imperante.
- b) El ciclo de la desigualdad: Fraser (2008) plantea cómo las luchas sociales por los derechos establecen sus reivindicaciones en el escenario del reconocimiento (frente a la ley), la distribución (búsqueda de la igualdad) y la participación (decidir sobre las formas de vida). Sin embargo, persiste la exclusión de poblaciones enteras, a través de formas que niegan su persona jurídica e incluso sus formas de vida como cultura. Agamben les denomina *Homo Sacer*, una figura del derecho romano que refería a aquellas personas que padecían “la impunidad de darle muerte y la prohibición de su sacrificio” (Agamben, 2006, P. 96). Es decir, que no gozaban del reconocimiento para ser sacrificados para lo sagrado y que tampoco encontraban su humanidad protegida frente a la arbitrariedad. Los *Homo Sacer* de la modernidad, los podemos identificar en los migrantes, los pueblos nómades, en la idea de eliminación del opositor político y, para el caso de esta investigación, en aquellas comunidades y personas defensoras de derechos humanos que se oponen a proyectos económicos y a actividades empresariales en sus territorios. A estas personas, se les considera como seres mezquinos que pretenden retrasar el

desarrollo económico y afectar la riqueza colectiva. Al oponerse a intereses de actores económicos, pasan de la desigualdad a la exclusión. Incluso, sus relatos son invisibilizados y negados, aquellos que, como el alfarero de la Caverna de Saramago, están condenados a desaparecer. Esta forma de violencia se construye a través de discursos donde se suele asociar a personas defensoras de derechos humanos con delincuentes, para legitimar toda agresión contra ellas.

- c) La dicotomía Naturaleza/cultura: Como se dijo anteriormente, el modelo económico capitalista siembra sus bases en el colonialismo y el extractivismo. Por esto, la violencia contra la naturaleza sigue estando a la orden del día, a pesar del creciente consenso sobre la protección del ambiente y la necesidad de enfrentar colectivamente la crisis climática. Esta violencia es fundamental porque afecta los territorios, las formas de vida y las culturas de millones de personas que construyen relaciones con su entorno basadas en el mutualismo y no en el aprovechamiento *ad infinitum*. Esta forma de violencia implica que diversos territorios son mercantilizados, exponiendo las múltiples formas que en ellos se desarrollan, a la tragedia de convertirse en mercancía para sobrevivir.

1.2 Nuevos sujetos del derecho: ¿actores económicos o empresas?

Para responder a esta pregunta, se puede abordar la discusión desde dos escenarios que permiten abordar la pregunta sobre el carácter de sujeto de derecho que pudiese cobijar a las empresas. En el plano internacional, dos documentos son referentes para identificar a las empresas como un sujeto jurídico con responsabilidad por daños antijurídicos. En primer lugar, el artículo 30 de la Declaración universal de los derechos humanos (DUDH) de 1948 establece que las *“empresas transnacionales y otras empresas comerciales, como órganos de la sociedad, son también responsables por la promoción y protección del conjunto de derechos humanos contenidos en la Declaración”*. Este instrumento concretiza una idea de sujeto de derecho dual: de una parte, las personas jurídicas estarán protegidas frente a la arbitrariedad, por otra, en razón a su rol en la sociedad (lo que implica su capacidad), tienen responsabilidades con los derechos humanos.

En segundo lugar, el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC) reafirma lo dicho en el DUDH en su artículo 5.1 incluyendo una clausula de prohibición de interpretación expresa, manifestando que ninguna de las normas incluidas en el pacto, pueden entenderse como legitimadoras de actos dirigidos a destruir “*cualquiera de los derechos o libertades reconocidos*” en dicho pacto. La idea de destrucción implica que, en el futuro, los Estado deberían incluir dicha clausula en sus marcos normativos, mediante legislaciones que busquen identificar las acciones directas e indirectas que puedan violar derechos, desde una perspectiva integral de los mismos.

Aparte de los instrumentos internacionales señalados, se identifican otros instrumentos que intentan construir un sujeto de derechos responsable en el caso de los actores económicos; en la siguiente tabla se presentan estos y dónde surgen las discusiones sobre los derechos humanos:

Discusión sobre derechos y concepto de responsabilidad corporativa	Organismo internacional	Instrumento
Se plantea la necesidad de generar protección a los derechos laborales (Despidos injustificados, la seguridad y la salud en el trabajo) para lo cual se ratifica la “obligación general” de respetar los derechos humanos	Organización Internacional del Trabajo (OIT)	Declaración tripartita sobre empresas multinacionales y políticas sociales (1977)
Se establece un mandato de promoción de derechos laborales a los Estados, incluyendo la eliminación del trabajo forzoso e infantil. Por lo tanto, va dirigido a armonizar las normatividades nacionales, lo que implica eventualmente regular actores económicos.	Organización Internacional del Trabajo (OIT)	Declaración de los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998)
Iniciativa que busca generar un escenario de diálogo voluntario de actores corporativos que al adherir se comprometen a adoptar y compartir practicas empresariales responsables en materia de derechos humanos. Esta se articula y toma como referente a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), por lo que implica que las adhesiones deben traducirse en iniciativas para generar un vínculo entre derechos humanos y sostenibilidad corporativa.	Naciones Unidas	El Pacto Mundial de la ONU (2000)
Los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos son la norma internacional de referencia en donde, tomando el esquema de las obligaciones estatales, se crean criterios de referencia, a través de principios, estableciendo el compromiso de <i>respetar, proteger y remediar</i> los derechos humanos. El concepto articulador es el de la diligencia debida, que se convierte en un instrumento para determinar si un actor económico es responsable frente al respeto o la violación de derechos humanos.	Naciones Unidas y Grupo de Trabajo sobre Empresa y Derechos humanos	Principios Rectores de la ONU sobre empresas y derechos humanos (2011)

Tabla 1. Instrumentos de derecho internacional sobre obligaciones en materia de derechos humanos de actores económicos. Elaboración propia

Por otra parte, se identifican dos instrumentos de relevancia. Las Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales de 1976, donde se crea una obligación de respeto a los derechos humanos por parte de empresas e incluso se desarrolla todo un sistema de apoyo y seguimiento mediante las denominadas Guías de la OCDE sobre diligencia debida en distintos sectores como el minero o el de hidrocarburos. Por otra parte, el Consorcio OET² propuso en noviembre de 2011 los Principios de Maastricht sobre obligaciones extraterritoriales de los Estados en derechos económicos, sociales y culturales de 2011. En particular, el principio 12 atribuye responsabilidad a los Estados ante la violación de derechos humanos cuando son “actores no estatales”, en dos escenarios posibles: 1) Acción u omisión de actores no estatales bajo dirección y control del Estado; y 2) Acción u omisión de actores no gubernamentales (i.e. corporaciones y empresas comerciales) cuando estas hubieran sido facultadas para ejercer cualquier componente de la autoridad gubernamental. En la actualidad, la secretaria general de esta coalición la ejerce FIAN, una ONG de derechos humanos que además ha hecho un constante seguimiento y ha desplegado acciones de incidencia para la aprobación de un tratado Vinculante de derechos humanos y empresas³.

Los instrumentos señalados dan cuenta una realidad dual. De una parte, la regulación de las actividades empresariales y su vínculo con la garantía y respeto de los derechos humanos se encuentra parcialmente dispersa; además, dicha regulación se encuentra en diferentes instrumentos internacionales, con jerarquías variadas que ponen en cuestión la clásica dicotomía entre *Soft* y *Hard law*, pues la aceptación de los mismo se ha venido ampliando.

Lo anterior ha permitido que autores como Rodríguez Garavito (2018) planteen el concepto de visión ecosistémica del derecho, la cual facilita entender dos dinámicas esenciales, sin las cuales se dificulta entender el rol de las empresas como sujetos obligados en el derecho internacional. En primer lugar, la tenencia actual de generar diferentes instrumentos de derechos humanos en campos tan variados como la crisis climática y las regulaciones

² Consorcio de Obligaciones Extraterritoriales es una Red de Organizaciones de la Sociedad Civil y personas académicas.

³ Conocido como Tratado internacional de los pueblos sobre el control de las empresas transnacionales.

laborales, lo que implica que ni los PR serán la normatividad que focalizará las regulaciones en la materia, ni se conseguirá tramitar un tratado vinculante (Regulación de arriba hacia abajo), pero que sí demandará un trabajo de filigrana y carpintería para interrelacionar normas de nivel regional y voluntario, internacionales e incluso sectoriales. En segundo lugar, esta visión aboga por superar la anacrónica división entre derecho duro y blando (Hard & soft law), la cual no es tan clara y precisa y desconoce que muchos tribunales han asumido normas de soft law para construir sus decisiones o que incluso algunos estados han construido políticas públicas, fundamentados en normas de derecho blando (como se verá más adelante, este es el caso de los Planes Nacionales de Acción - PNA-).

La referencia a actores económicos en general busca cubrir un conjunto de sujetos políticos que incluye personas naturales y/o jurídicas, tomando como referente su conducta y forma de interactuar. Por ello, debe diferenciarse de las personas naturales, aquel individuo que siendo persona natural actúa como “el empresario”. La empresa será una categoría general a lo largo de este documento y eventualmente hará referencia al actor económico cuando se quiera incluir personas naturales con concentraciones de poder que les configuran como personas jurídicas; y se hablará de empresas cuando se haga mención a aquellas personas jurídicas identificadas como actores del mercado.

1.3 El poder como categoría de acción/reflexión en materia de derechos humanos

La categoría poder ha tenido importantes desarrollos, tanto en las perspectivas liberal como desde el marxismo. Estos dos enfoques teóricos plantan la relación de poder y su ejercicio como una consecuencia evidente de realización del modelo capitalista (Stammers, 1993). Empero, el poder no debería escindirse de la categoría dominación, puesto que esto da lugar a comprender el ejercicio del poder de forma directa por un sujeto o de forma sistémica (colectiva e institucionalmente). Una perspectiva de este carácter, permite entender que, en el contexto de los actores económicos, el poder puede ejercer, incluso, tras bambalinas. Stammers agrega que:

“To look at human rights in terms of challenging or sustaining power relations, or as claims against standard threats of power, brings rights talk out of the world of the liberal notion of the abstracted individual into the actual social world we live in” (Stammers, 1993, P. 72).

Una lectura del poder de esta dimensión permite entender un nuevo campo del poder, el cual no se reduce a la idea de soberanía/legitimidad. En este sentido, el poder ya no se concentra en una institución determinada y perfectamente reglada, por el contrario, se trata de un *poder bipolar*, el cual está *“constituido por la interrelación de un soberano privado supraestatal difuso y -puesto que se mantiene la base territorial de asentamiento del poder- un estado permeable o unas asociaciones estatales permeables, abiertas o porosas”* (Capella, 1997, P 258).

Los dos espacios de poder se diferencian. El primero, no es totalmente independiente, aunque tiene la capacidad de imponer su propia agenda al Estado e incluso de bloquear las medidas de este último. Además, al ser supra estatal, está legitimado por un marco normativo conocido como *lex mercatoria* que en muchos casos interfiere la soberanía particular de cada Estado. El Estado o la asociación de Estados se vuelven porosos o permeables porque el poder privado tiene la capacidad de interferir en el mandato de intervención de la economía (Normalmente desregulado) o incluso creando las condiciones para la privatización de todas las esferas de la sociedad y la economía, incluso la de la innovación social.

En este escenario, debe recordarse que el constitucionalismo moderno y en particular el neoconstitucionalismo, plantean como debate central y articulador de los Estados modernos, la idea de derechos, desde una perspectiva articuladora y limitadora al poder del Estado (Jaramillo Pérez, García Villegas, Rodríguez Villabona , & Uprimny Yepes, 2018). El primero, desde lecturas descriptivas (las instituciones que ejercen el poder estatal) y prescriptivas (cómo debe ser ejercido el poder). En el caso del neoconstitucionalismo se plantea un modelo similar al del liberalismo clásico con una ampliación de derechos, en particular el de participación política, con lo cual el control al poder se logra mediante la concepción de un Estado que trasciende la lógica dualista de la abstención de intervención estatal como forma de control al poder, para integrar una

idea de intervención con reducción de desigualdades que trae como consecuencia el ejercicio de un poder controlado, eliminando formas de arbitrariedad.

En este orden de ideas, junto al carácter limitador del poder, propio del derecho moderno y su representación máxima en modelos constitucionales (no asimilables a constituciones), aparece el modelo democrático como correlato legitimador de dichos límites. La paradoja radica en que de plano se descartan dimensiones de lo social don de el poder se ejerce.

El vacío señalado fue identificado por el economista colombiano Antonio García Nossa como una lectura parcial y fragmentada de la democracia (Garcia Nossa, 2013). Según esta lectura, el problema radica en que la mayor parte de los análisis sobre la democracia y el constitucionalismo se centran en la necesidad de limitar el poder político, pero quedan excluidos del análisis el poder en su dimensión social y económica.

Dicha fragmentación del control al poder es la base de diferentes presunciones que dificultan la comprensión de la responsabilidad corporativa en materia de derechos humanos. En el subcapítulo 1.2 caracterizamos al actor empresarial, más allá de la idea de persona jurídica, para entenderlo desde la posibilidad que tiene un actor social de imponer su propia voluntad (Weber, 1978), es decir, de moldear la realidad en función de sus necesidades e intereses. Por esto, no se trata de reducirlo a una figura jurídica en específico, sino a la propia capacidad de causar un efecto en los derechos humanos, más que en reducirlo a la idea de obtener un resultado deseado (Birchall, 2021).

Cuando Vuillard (2018) describe la reunión secreta en la que Göering pide a los principales empresarios alemanes (24 familias allí representadas) apoyo al proyecto nazi, lo hace a través de una metáfora: “las veinticuatro calculadoras en las puertas del Infierno”. En el trasfondo plantea una cuestión central sobre la responsabilidad corporativa: *¿Estos empresarios estaban bajo coacción o en el fondo participar en el nazismo obedeció a un calculo de costo-beneficio?* Esta pregunta es esencial para entender la necesidad de limitar el poder corporativo y el por qué los derechos deben ampliarse en esta dimensión, puesto que se pregunta sobre la voluntad-capacidad de moldear la materialización y el respeto de los derechos humanos por parte de actores económicos, en una realidad donde el constitucionalismo y su defensa de la primacía de los derechos, se anuncian como una verdad irrefutable. Por esta razón se presentarán cuatro propuestas de teorización del

poder corporativo, basadas en: a) la posibilidad de ser ejercido; b) la capacidad de ejercerlo; c) Las formas como se ejerce; y d) Los lugares de ejercicio.

Existe una forma de entender el funcionamiento del poder en términos económicos y es la idea de que toda acción humana regulada, se presume justa. Así, la economía opera bajo la fórmula de límites generales (igualdad ante la ley e imperio de la ley) y la idea del principio de legalidad (lo que no está prohibido está permitido). Sin embargo, no todos los Estados están en la misma capacidad de regular las diferentes fuerzas sociales que pugnan por la supremacía de sus intereses.

Así aparece el denominado “mito de la ausencia del Estado” (Serje, 2012). Según esta autora, se plantea que ciertos Estados débiles (como el colombiano) se componen de nodos económico y territorios de frontera. De acuerdo con esta autora, se trata de todo lo contrario, el Estado siempre está presente y el impacto del poder económico está relacionado con acciones y omisiones estatales. Por ello, en lugar de proponer la categoría de ausencia, se propone la de vacío. Esta categoría de reflexión sobre el poder invita a reflexionar que no basta con identificar una omisión estatal, sino que es necesario responsabilizar a quienes toman ventaja del vacío generado. Basta ver la influencia significativa y la legitimidad incuestionable de ciertos actores económicos (empresas o empresarios), los cuales son percibidos como motores absolutos del bienestar y como legitimados por derecho, pues presuntamente generan riqueza para el colectivo. La teoría del vacío propuesta implica entender que el poder de un actor económico se incrementa, conforme el Estado omite su rol, sea mediante el vacío de su autoridad o la legitimación del poder privado.

En segundo lugar, debe entenderse el poder corporativo desde su capacidad de ejercicio. Por esta razón, Tsebelis (2002) propone el concepto de “actores establecedores de agenda”, como aquello que tiene lo que el autor denomina poder de veto. En la propuesta de este autor, el veto aparece como contrapeso reglado, de suerte que incidir en la agenda pública ocurre en el escenario parlamentario y burocrático, por parte de actores colectivos o individuales, que influyen de manera directa en la toma de decisiones y que por lo tanto pueden tener capacidades de veto diferenciadas o incluso asimétricas.

En la teoría propuesta deben tenerse en cuenta el carácter individual o colectivo del actor con poder de veto, su número en el sistema político y el control del conocimiento sobre el funcionamiento del sistema (En términos de acceso y disponibilidad). Por lo tanto, un actor que tenga recursos significativos para hacer variar la postura de otro actor, que además se enfrente a un número reducido de jugadores, que no este sometido a una pluralidad de intereses en su dimensión interna y que tenga pleno acceso a conocimientos y reglas de funcionamiento del sistema, tiene la posibilidad de mantener o hacer variar el *status quo*. Así, las empresas desde una perspectiva nacional cumplen esas condiciones para tener veto en la agenda pública, y algunos empresarios lo cumplen en el nivel local (por ejemplo, los ganaderos o propietarios de agronegocios).

En tercer lugar, Barnett y Duvall (2005) proponen una taxonomía del poder corporativo, recurriendo a una desagregación de cuatro categorías: elementos obligatorios, elementos institucionales, elementos estructurales y elementos productivos. La primera categoría representa la capacidad de un actor de ejercer control sobre otro, lo que nos refiere así a conceptos como la influencia e incluso está más asociado a la potestad de ejercer cualquier forma de violencia para someter. La segunda categoría, hace referencia al poder indirecto que ejerce un actor sobre las condiciones y acciones de otro. Este es un poder preconstruido y hace referencia a aquellas instituciones que legitiman el ejercicio del poder o que en su defecto adjudican a otro la soberanía para ejercerlo. En tercer lugar, *“el poder estructural se refiere a la determinación de las capacidades e intereses sociales”*⁴ (Barnett y Duvall, 2005). En este orden de ideas, desde el poder estructural se generan las condiciones de ejercicio del poder y los obstáculos para reconocer la situación de dominación de otros actores. Finalmente, el poder productivo se diferencia del estructural en su carácter generalizado y difuso, que construye los límites sociales del poder y legitima las jerarquías que se expresan en el poder estructural.

Por último, Birchall (2021) propone un análisis sobre los lugares de ejercicio del poder. En primer lugar, el que se ejerce desde la subjetividad. Así un actor económico tiene la posibilidad de violar derechos de manera directa o de forma indirecta afectando las condiciones propias de existencia de otros sujetos (i.e sus trabajadores). En segundo lugar,

⁴ Traducción propia: “structural power concerns the determination of social capacities and interests”

existe esta posibilidad de ejercicio del poder sobre las condiciones materiales de los sujetos colectivos. Esto se traduce en monopolizar el acceso a los recursos y a su usufructo. Además, los actores económicos tienen la capacidad de ejercer poder sobre las instituciones. De esta manera ejercicios como el cabildeo (Lobby) muestran su capacidad para incidir en la agenda pública y, particularmente, en la legislativa. Finalmente, los actores económicos ejercen poder sobre el conocimiento. Esto lo hacen de tres formas: 1) Determinan la forma como se entienden los derechos humanos, reduciéndoles, en muchos casos, a meras expectativas de la responsabilidad social empresarial; 2) Las empresas imponen el enfoque gerencialista, reduciendo los derechos a una idea de aquellos que pueden materializarse de forma realista y excluyendo los demás (Incluso muchos actores económicos operan como activistas, mediante los denominados “espacios multiactor”); y 3) aparece la consultoría en derechos humanos desde la perspectiva privada y como negocio rentable, acaparando este escenario y convirtiéndolo en un mercado más, el cual pierde independencia en la medida en que los actores serán excluidos en razón de la satisfacción que generen en sus clientes (Las empresas).

1.3.1 Asimetrías de poder

Como se señaló anteriormente, la idea de un campo de poder bipolar propone los derechos humanos como un escenario de tensión y disputa del poder. Esta perspectiva se opone a la tradicional idea de “derechos como conquistas” y pone de presente que existen múltiples factores a tener en cuenta entre la declaración de existencia de un derecho y su materialización. Por lo tanto, en el campo de las tensiones de poder presentadas en párrafos anteriores (Actores privados -económicos y Estados o asociaciones de Estados), se propone entender dichas tensiones desde la categoría de asimetría de poder.

Las asimetrías de poder pueden entenderse desde dos dinámicas. Primero, como la correlación entre actores de poder frente a la materialización de derechos explica la dinámica en que los actores en tensión obran para hacer realidad, sea su mandato de legitimidad⁵ o para materializar sus intereses⁶.

⁵ Mandato legal en el caso de los Estados y consuetudinario en la búsqueda de lucro de los actores privados.

⁶ Consolidar su legitimidad política en el caso de los Estados o la materialización del lucro esperado en el de actores privados.

Pero, tal como referenció Stammers (1993), las relaciones de poder deben incluir también las capacidades y los efectos de la acción colectiva propia de los movimientos sociales. Por esta razón, se propone entender las asimetrías de poder, tomando como referencia los siguientes pares de sujetos en interacción:

- a) Estado/Ciudadanía: Este es el escenario tradicional donde se plantea la posibilidad de los derechos como límites al poder. Así, se establece que todo modelo constitucional y democrático debe contar con mecanismos y derechos que protejan a las personas de las arbitrariedades. Sin embargo, debe decirse que no en todos los modelos constitucionales las personas están protegidas frente al poder Estatal. De hecho, en la mayoría de casos la protección se restringe a la ciudadanía, como ocurre con los derechos de poblaciones migrantes alrededor del mundo, poblaciones culturalmente nómadas (los Romani y pueblos indígenas) o incluso con las personas privadas de la libertad.

- b) Estado/Actores económicos: en muchos casos, el relacionamiento de una empresa con el país donde se encuentra su casa matriz y donde desarrolla sus actividades es muy distinto. En el primer caso, independientemente de lo favorable que pueda ser el marco normativo, los actores económicos suelen acatar las leyes y la constitución, recurriendo a formas sofisticadas de lobby e influencia. En el segundo caso, las empresas son más agresivas, incluso pueden recurrir a prácticas coercitivas, actos de corrupción o formas de interferencia y captura corporativa del Estado.

Cuando los actores económicos despliegan estrategias para impedir o limitar políticas públicas que materializan derechos, se habla de interferencia corporativa. Como señalan Garay, Salcedo-Albarrán, de León Beltrán y Guerrero (2008), dichas estrategias pueden estar asociadas a la financiación de campañas, el cabildeo en el congreso, el establecimiento de puertas giratorias (funcionarios públicos que luego trabajan en las empresas y viceversa) o incluso el recurso a estrategias de *greenwashing* y lavado de imagen corporativa bajo figuras como la responsabilidad social empresarial y la utilización de espacios mediáticos.

La captura corporativa es más compleja. Esta está asociada a formas de influencia reiteradas sobre el Estado, también con la intención de interferir en las políticas públicas que materializan derechos, pero a diferencia de la interferencia, la captura corporativa se ejerce a largo plazo (Garay y Salcedo-Albarrán, 2018). En este orden de ideas, más que una acción o estrategia, es un proceso a través del cual actores económicos imponen sus objetivos sobre el interés público e incluso sobre el modelo democrático. Por lo tanto, pueden intervenir actores legales en conjunción con actores ilegales, afectando poderes locales y nacionales y dirigiéndose, incluso, a cualquier rama del poder público. Uno de los efectos más relevantes es la reconfiguración del ordenamiento jurídico, lo cual se traduce en debilitamiento institucional, imposibilidad de construcción de espacios y prácticas de transparencia y, por supuesto, en ausencia de rendición de cuentas. La captura corporativa no puede confundirse con corrupción, aunque sí existe una correlación con esta, pues la captura se realiza mediante medios legales y autorizados.

- c) Actores económicos/Ciudadanía: Esta relación es la más compleja de explicar. Sobre ella suele pesar la presunción de la igualdad entre particulares. Representa de esta manera una de las mayores dificultades para la materialización de derechos en contextos de actividades empresariales, porque esta igualdad no es real y suele favorecer al actor empresarial, imponiendo cargas a las víctimas de sus abusos, cargas probatorias, procedimentales y económicas que las debilitan (ver subacápite 3.2.1). En este escenario, es esencial la formación de innovadores institucionales que permitan la extrapolación de figuras como el levantamiento del velo corporativo⁷ a escenarios de violaciones a los derechos humanos. Además, implica una caracterización de actores económicos que supere la visión de la persona jurídica o natural, para identificarlos por su nivel de influencia y control e incluso por el poder que pueda ostentar (un ejemplo interesante podría darse por el conflicto reputacional de una Sociedad de Acciones Simplificada frente al poder económico y la influencia de un ganadero).

⁷ Esta figura propia del derecho civil extracontractual, busca asegurar el cumplimiento de obligaciones, cuando un deudor intenta defraudar a sus acreedores, ocultando su patrimonio bajo la insolvencia de la persona jurídica. Así, la responsabilidad termina extendiéndose a los accionistas de la persona jurídica e incluso al administrador o gerente de la misma.

1.4 Derechos humanos como escenarios de memoria

Para poder abordar la memoria del presente en disputa y la dialéctica a la que se enfrentan diferentes comunidades ante la desposesión de sus territorios, el profesor David Harvey, nos propone entender el neoliberalismo desde la metáfora de la *destrucción creativa*. Este concepto introduce una mirada histórica y geográfica de consolidación de un proyecto político que ha asumido tintes de “discurso dominante”. Este, nos dice el profesor Harvey, se puede entender como *“una teoría de prácticas políticas económicas que proponen que el bienestar humano puede ser logrado mejor mediante la maximización de las libertades empresariales dentro de un marco institucional caracterizado por derechos de propiedad privada, libertad individual, mercados sin obstáculos y libre comercio”* (Harvey. 2008. P 3).

Pero, se pregunta el autor, qué lleva a los Estados occidentales a asumir un discurso que promulga su debilitamiento como forma de garantizar el bienestar colectivo. Para comprender este proceso, el autor recurre a la metáfora de destrucción creativa. Múltiples procesos de desmantelamiento de los estados de bienestar en Europa y Estados Unidos, de una parte, así como la crisis de acumulación de capital de los años 60, caracterizada por *“...el descontento se generalizaba, y la combinación de movimientos sociales laborales y urbanos en gran parte del mundo capitalista avanzado auguraba una alternativa socialista para el compromiso social entre capital y trabajo, que había cimentado la acumulación de capital de un modo tan exitoso en el periodo de posguerra”* (Harvey. 2008. p. 8).

Sin embargo, nos dice este autor, el neoliberalismo no es un proceso homogéneo, se trata de un uno lleno de contradicciones, antagonismos y resistencias que se explican por su aplicación asimétrica. Para el profesor Harvey, retomando ideas de otros autores, el neoliberalismo busca responder a dos necesidades propias del contexto descrito anteriormente: a) la reestructuración del poder de una clase (La dominante); y b) revitalización de la acumulación global de capital. Siendo exitoso en el primer caso y limitado en el segundo. Por lo tanto, nos dice Harvey:

“El proceso de neoliberalización fue entrecortado, irregular desde el punto de vista geográfico, y fuertemente influenciado por estructuras de clase y otras fuerzas sociales que se mueven a favor o contra sus propuestas centrales dentro de formaciones

estatales particulares e incluso dentro de sectores en particular, por ejemplo, la salud o la educación” (Harvey. 2008. p. 9)

Empero, dicho proceso está acompañado de tensiones sociales permanentes, razón por la cual, el neoliberalismo debe entenderse como un modelo que recurre a la destrucción creativa como estrategia de dinamización de dichas tensiones. Entonces, para el autor el neoliberalismo logra consolidar el poder de clase, pero aún no queda claro cómo supera sus déficits internos para superar el debilitamiento de sus dinámicas de acumulación de capital. Para tal efecto, el profesor Harvey identifica tres estrategias: a) La privatización, entendida como “un proceso de bárbaro desposeimiento en una escala que no tiene paralelo en la historia” (Harvey. 2008. p.16); b) La financiarización, en donde aparecen los mercados de capitales como presunta fuente de riqueza, los cuales se caracterizan por “su estilo especulativo y predatorio” (Harvey. 2008. p.16); c) La administración y la manipulación de crisis, siendo la primera “*el fino arte de la redistribución deliberada de riqueza de los países pobres a los ricos*” (Harvey. 2008. p.16), mientras que la manipulación de la crisis representa una forma de transferencia de “*propiedad y poder a los que mantienen intactos sus propios activos y están en la posición de crear crédito*” (Harvey. 2008. p.17); d) las redistribuciones estatales, entendidas como un esquema de “*privatización y recortes en los gastos gubernamentales que debían apoyar el salario social*” (Harvey. 2008. p.18), las cuales vienen acompañadas de medidas tributarias favorables a los grandes capitales.

Por lo tanto, si retomamos la idea de Harvey según la cual “*el giro neoliberal se asocia de alguna manera y en un cierto grado con intentos de restaurar o reconstruir el poder de las clases altas*” (Harvey. 2006. p.9), es más claro determinar cómo se hace posible un modelo que abiertamente ofrece la desigualdad y la injusticia como motor de crecimiento. Por esta razón, múltiples discursos políticos, abiertamente subordinados a la perspectiva neoliberal, plantean la conflictividad de clases como antagónica de la libertad, como obstáculo a la igualdad e incluso como rechazo de la fraternidad. Reivindicar el contenido de clase social y por lo tanto el reconocimiento del neoliberalismo como una ideología, permitiría comprender con mayor claridad las particularidades jurídico-políticas de diferentes sociedades.

Entonces, el neoliberalismo como proyecto político fundamentado, aparentemente, en la libertad como bien social absoluto, esconde como estrategia de implementación, un esquema de violencia estructural, ora mediante estrategias de traumatismo social, ora mediante la guerra. Dicha estrategia plantea al miedo como una tecnología de control, en tanto que, nos dice el profesor Virilio:

“El miedo ha pasado de quimérico a ser fundamento del pensamiento y de la acción. Toda la confianza en la razón y en la perfectibilidad del género humano ha ido sometiéndose de manera progresiva a un «principio de terror» que hace del miedo, desplazando a la fe, la piedra angular de nuestras actitudes frente a la existencia”
(Virilio. 2012. p. 10)

En este sentido, el miedo permite desarticular diferentes discursos que antagonizan con el modelo socioeconómico imperante, razón por la cual, las memorias colectivas no solo se enfrentan al ejercicio de recordar las injusticias del pasado, sino a las pretensiones de homogeneizar el discurso sobre el presente, porque el relato sobre lo colectivo, es una forma de reivindicar una existencia amenazada y de desmentir un discurso injusto y aniquilador. Es esto precisamente a lo que se enfrentan cientos de comunidades frente a proyectos extractivos que, en la pretensión del bien general, destruyen formas de vida, para el beneficio de sectores reducidos de la sociedad que acumulan poder económico y político.

Es precisamente sobre este último aspecto sobre el cual quisiéramos hacer énfasis, *vis-à-vis*, el papel que juega la memoria como escenario de resistencia. En particular, se propone una reflexión sobre las memorias colectivas como resistencias, en tanto construyen un puente entre el presente y el pasado, el cual sólo es posible cuando los actores sociales victimizados, consolidan una postura política. Por su parte, los actores de poder establecen como necesidad insoslayable, el abandono de las reivindicaciones locales como precio a pagar para poder afrontar colectivamente la incertidumbre del terror, sea a una crisis económica, sea al recrudecimiento de un conflicto armado o al inicio de uno nuevo. En este sentido, la profesora Calveiro nos propone:

“Por ello se los alienta y utiliza políticamente, se los administra. El miedo a violencias de una crueldad espectacular y muchas veces incomprensible —como

la terrorista y la mafiosa—, cuya articulación con los propios aparatos estatales se encubre, alienta los reclamos de seguridad, que rápidamente retoman las políticas securitarias para instaurar prácticas de excepción, que restringen los derechos civiles y amplían las atribuciones violentas del Estado” (Calveiro.2017. p. 137)

Empero, debe señalarse que esta tendencia ha cambiado, en gran medida por el rol central que han comenzado a adquirir las víctimas debido, entre muchos factores, al activismo político y ciudadano de estas últimas, en el escenario concreto de la reivindicación de la memoria como lugar en disputa. Precisamente esto es lo que autores como Reyes han denominado “justicia anamnética” o que tiene en cuenta el pasado. Para este autor español, se puede entender este tipo de justicia como aquella que conlleva una “*nueva moral*”, entendida como aquella que reconoce ciertos crímenes como contrarios a la humanidad en su conjunto (P. 305), pero que enfrenta la dificultad del alcance temporal de definición del sujeto afectado (Justicia intergeneracional). Por otra parte, esta justicia reconoce que los abusos cometidos se deben entender como injusticia y, en consecuencia, la experiencia individual determinante ya que esta implica un nivel significativo de memoria y particularización, la que contrastará con la idea de justicia abstracta (p. 306).

Entonces, se identifica una necesaria dicotomía entre opresores y oprimidos que a su vez pone de manifiesto dos visiones de la historia, revelando la dificultad de asumir la igualdad como una promesa cumplida (Reyes. 2008). Este último aspecto, permite entender el carácter dinamizador de la memoria, desde la cual se puede construir ciudadanía, ya que da cuenta de una situación de injusticia que debe ser superada. Por lo tanto, la respuesta a la desigualdad histórica se encuentra en la memoria porque esta recuerda que “*nuestro presente está construido sobre esas injusticias pasadas y nosotros, los presentes, somos los herederos de ese pasado injusto...*” (Reyes. 2002. p. 309)

1.5 Una reflexión puntual desde el análisis costo/beneficio

La modernidad planteo al conocimiento como el factor legitimador de la racionalidad de la toma de decisiones públicas, por lo tanto, la validez esta sujeta a la legitimación de una decisión desde argumentos científicos y técnicos. Pero como se ha señalado a lo largo de este capítulo, esta no es sino una enunciación ideológica que flaquea, incluso, cuando es

sometida al análisis desde el principio del *Homo œconomicus*, pues asume que la suma de decisiones individuales, entendidas como un todo orgánico que comparte principios generales, es suficiente para garantizar la eficacia de las mismas y en consecuencia la asignación eficiente de los recursos que *per se* son escasos⁸.

El Derecho tampoco ha quedado aislado de esta influencia y en materia de empresas y derechos humanos, este es un discurso que subyace a la reducción de las obligaciones de los actores económicos (y de manera particular de las empresas) a la responsabilidad social empresarial (Rodríguez Garavito, 2018). Lo paradójico del asunto es que la lectura de la elección racional frente a los derechos humanos se caracteriza por un doble estándar. De una parte, sólo el mercado es capaz de asignar de manera eficiente el acceso a bienes económicos y en consecuencia de generar la riqueza que permite la materialización de derechos. Pero ante las fallas en el modelo o de la responsabilidad frente a efectos adversos, los actores económicos se sustraen para dejar la total responsabilidad en cabeza del Estado.

Esta dicotomía genera problemas decisionales críticos para la materialización de derechos, pues mientras en la esfera de las deliberaciones públicas, el modelo económico aparece como un tema sobre el que grupos de interés (en su mayoría poderosos), interfieren en la toma de decisiones, en la materialización de derechos sólo el estado interviene para asignar ya no los recurso escasos, sino los recursos que sobran. Por esta razón, se propone una reflexión puntual desde el análisis económico del derecho, con el propósito de sostener que, incluso desde una lectura economicista, los derechos deberían ser un factor central en la regulación de las actividades económicas y su impacto en los derechos humanos. Para comprender el contexto y la relevancia de esta discusión,

⁸ La ciencia económica es entendida como aquel conocimiento que busca asignar de manera eficiente (No necesariamente de manera equitativa) a cada individuo, el conjunto de bienes económicos, los cuales por si mismo son escasos o tienden a agotarse. Por esta razón, reflexiones como la del equilibrio de Pareto, son centrales en el análisis de la denominada economía ortodoxa. En este orden de ideas, la discusión sobre dicha asignación es un asunto de la esfera pública, aunque no necesariamente una potestad única del Estado. Para la teoría ortodoxa, la mayor eficiencia se encuentra en el interés individual, lo que lleva a una asignación según necesidades reales, la cual solo es posible en el escenario del mercado, siendo la tarea del Estado, la de simple corrector de fallos y de garante del interés privado en el mismo.

debemos recurrir a los denominados Análisis Económicos del Derecho⁹, entendido más allá de la clásica utilización de este enfoque teórico en los escenarios contractuales¹⁰.

En términos generales, en palabras de Posner, Landes y Kelman (2011) el enfoque de AED se enfoca en tres discusiones fundamentales, que desde el punto de vista del derecho, deberían ser los debates centrales a abordar por el estado. En primer lugar, tomando en cuenta que sociedades como la estadounidense (y la colombiana) basan su economía en un modelo de mercado capitalista, las normas en sí mismas constituyen intervenciones estatales que deben ser entendidas como precios, a fin de identificar su impacto en la conducta de los actores de mercado. Por lo tanto, como señala Celi de Mota (2015) *“las normas jurídicas inciden en las preferencias de los individuos, ya sea creándolas, suprimiéndolas o reordenándolas”* (p. 58).

En segundo lugar, los AED parten de la presunción según la cual toda conducta humana se hace con base en preferencias claras y precisas, lo que implica que las normas que pretenden regular dichas conductas deben estar provistas de la misma racionalidad. En este sentido la información es un factor fundamental. Entonces, al existir una pluralidad de opciones, los agentes económicos tenderán a elegir aquella que *“sea más útil, es decir, mas beneficiosa para sus intereses”* (Posner, Landes y Kelman. 2011. P. 29). Este factor es fundamental, porque permite dilucidar aquello que pretende un actor y también aquello que está dispuesto a sacrificar, por lo que una decisión judicial sería racionalmente proferida en razón a la capacidad que tenga de redistribuir las cargas en los actores, de suerte que puede responder a la mayor cantidad de expectativas.

⁹ Los hemos denominado en un sentido plural, en atención a los planteamientos de Ugo Mattei (2007) se pueden identificar dos grandes áreas en los estudios de derecho y economía. De una parte, el Análisis Económico del Derecho y, de otra parte, los denominados Law & Economics. En el primer caso, existe una gama de propuestas metodológicas enfocadas, esencialmente, a la aplicación de técnicas de análisis cuantitativo de orden micro y macroeconómico en términos de los presupuestos del enfoque de elección racional en la toma de decisiones públicas. En el segundo caso, los debates son diversos e incluyen discusiones de contenido material y de eficacia de los derechos, también en el contexto de la toma de decisiones públicas, con enfoques de política pública en diálogo con el derecho constitucional.

¹⁰ Es recurrente la referencia a autores como Robert Cooter y Thomas Ulen quienes escribieron el texto *“Derecho y Economía”*, donde analizan desde una perspectiva histórica y de análisis costo beneficio, el desarrollo jurídico económico de los contratos como escenario de regulación de la actividad económica de las sociedades occidentales.

En tercer lugar, toda intervención estatal debe propender por la **eficiencia** de sus medidas, la cual se determina por el intercambio de beneficios entre actores de manera tal que el beneficio de unos no se contrapone al de otros. Así, toda medida de intervención debería propender por garantizar el óptimo de Pareto, es decir que su última decisión pueda constituirse en la más beneficiosa para las partes y en consecuencia la única posible.

Una norma es eficiente en la medida en que exista una correlación entre su pretensión reguladora y los resultados de su implementación. Para lograr determinarlo y, teniendo en cuenta que los actores en el mercado son racionales, es menester implementar una ponderación entre los costos y beneficios, de suerte que se puedan identificar aparentes asimetrías para una distribución eficaz de recursos.

Así, los análisis costo-beneficio parten de la presunción del equilibrio u óptimo de asignación de recursos que, traducido al lenguaje jurídico, significa que toda regulación y/o intervención judicial debería sopesar sus decisiones de suerte que las cargas se repartan de manera igualitaria entre los actores implicados o que, al ser impuestas, se encuentren en el rango de aquello que están dispuestos a ceder dichos actores, llegando así a una suerte de punto medio, lo que se asemeja a los análisis de ponderación propios de los tribunales.

Un primer nivel de evaluación de costos, corresponde a aquel que busca reducir la incertidumbre. Para ello, una decisión judicial debe contemplar como primer escenario si el intervenir en un determinado asunto es susceptible de ser más beneficioso que no hacerlo (Posner. 2011). En otras palabras, el primer costo a determinar implica evaluar el grado de beneficio a obtener al abstenerse de regular una situación determinada. El punto medio entre regular y no regular, es lo que podría identificarse como un equilibrio de Posner, o reducción de la incertidumbre en favor de una asignación de recursos que implique multiplicar y no redistribuir la riqueza.

Por otra parte, cuando se pretende evaluar una intervención estatal nos dice Coase (1960) debe considerarse que la misma sea menos costosa que la no intervención, pues para este autor, las relaciones sociales operan como los mercados, en el sentido en que la interpretación de las reglas de juego tenderá a ser más eficiente en la asignación de recursos, cuanto menos se intente regular de manera específica un determinado fenómeno

(Coase. 1960.p. 99). Esta idea de la intervención de los tribunales como ultima ratio se identifica como teorema de Coase, el cual establece que la eficiencia de las normas y de la interpretación de las mismas, radica en considerar que éstas deben favorecer la delimitación clara de derechos, reduciendo costos transaccionales sobre la presunción del mercado como escenario ideal de asignación de recursos, en lugar de pretender hacerlo a través de las normas.

La reconstrucción conceptual planteada pone en la escena del debate, la relación entre el costo de los derechos y las bases de un Estado regulador, para lo cual los análisis de Cass Sunstein y Stephen Holmes permiten entender la insoslayable unidad que existe entre materialidad de “todos los derechos”¹¹ –como fundamento del principio de seguridad jurídica– y su armonización con instrumentos jurídicos esenciales para hacer realidad el contenido sustancial de un Estado Social de Derecho.

Sunstein y Holmes (2011) sostienen que la garantía de cualquier derecho implica en sí misma un costo. El problema se encuentra en determinar el grado de incertidumbre inherente a la toma de decisiones estatales. De hecho, tanto en la aplicación del óptimo de Posner como del teorema de Coase, se tiende a excluir cualquier externalidad positiva o negativa que no hubiese podido ser determinada de manera previa. En este sentido, existen factores previos que no son cuantitativos, sino que por el contrario son cualitativos o mixtos, con características difusas cuando la materialización de un efecto se expande en el tiempo o que están asociados a efectos estructurales en el sistema democrático, los cuales suelen ser excluidos de los análisis casuísticos propios de las decisiones judiciales.

A modo de ejemplo podemos tomar el caso colombiano, en donde la Corte Constitucional ha proferido decisiones judiciales que la doctrina ha denominado como “decisiones judiciales estructurales”¹². Estas sentencias tienen efectos de impacto en las decisiones y

¹¹ Esta afirmación es fundamental, pues como se presentó en el acápite anterior, tanto la lectura original de la Corte Constitucional Colombiana, como de la aplicación del análisis costo beneficio, parece persistir la falaz distinción entre derechos de garantía positiva (por acción del Estado) y derechos de garantía negativa (por inacción del Estado- No intervención), lo que desde el lenguaje económico genera una distorsión en la información, pues plantea un escenario de materialización de derechos inexistente en las sociedades occidentales modernas: **La ausencia de Estado como espacio de garantía de derechos.**

¹² Para profundizar este tema recomendamos leer: Puga, M. El litigio estructural. Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo . Año I, N.º 2 | Noviembre de 2014.pp. 41-82. Disponible en: https://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n2/TeoriaDerecho_Ano1_N2_03.pdf

políticas estatales, por lo que tiene efectos legislativos y/o de política pública. Empero, existen decisiones que, sin la pretensión señalada anteriormente, sí pueden tener efectos similares.

Por esta razón, contemplar las externalidades implica que las instituciones judiciales asuman, en sus decisiones, un conjunto de presunciones que autores como Sunstein (2016) han denominado “preocupaciones institucionales” (p. 168). Para comprenderlas, este autor señala que las normas fallan en su pretensión reguladora cuando no se tienen en cuenta una serie de factores (Sunstein. 2016. P p. 69-156):

- **En la concepción de una norma:** La interferencia de grupos de interés y la exacerbación de asimetrías entre actores (para el caso de este artículo: empresas y comunidades); la implementación de diagnósticos previos deficientes, mediocres y desprovistos de la perspectiva de expertos en los temas a regular; la reducción de los efectos de una regulación a la gestión del riesgo y no como la posibilidad de vulneración de un derecho que no puede ser compensado, costo que debería ser contemplado en principio; el rechazo a incorporar los posibles efectos sistémicos o generales aduciendo que la incertidumbre debe asumirse como riesgo y no como factor de análisis; la no inclusión de mecanismos de coordinación estatal en la regulación; y finalmente, la pretensión de rechazar las soluciones técnicas con afirmaciones discursivas favorables a una valoración política en concreto.
- **En la Implementación de una norma:** el desprecio de mecanismos de protección y de contrapeso suficientes al interior de una norma; la inclusión de mecanismo excesivamente estrictos; las falencias de la redistribución sesgada; y el desconocimiento de los impactos de una regulación en la materialización de principios constitucionales.

En este orden de ideas, si pensáramos una tipología sobre una lectura costo-beneficio de la materialización de derechos, esta debería tener en cuenta los efectos en términos de externalidades (positivas y negativas), con relación a los efectos en la materialización de principios constitucionales, teniendo como escenarios de aplicación una actividad económica determinada.

Una lectura de este tipo es de carácter estrictamente cuantitativo, lo cual la hace inoperativa ante altos niveles de incertidumbre. Precisamente una de las grandes falencias de los AED radica en desconocer la interdependencia que existe entre derechos, así como el dialogo orgánico entre los principios constitucionales y las normas, como motores de la garantía de derechos. La pretensión de reducir la incertidumbre como base para una asignación eficiente de recursos, no permite responder a las preguntas estructurales sobre la justicia y la garantía de derechos, pues parte de la presunción de poder aislar fenómenos de una realidad que es en si misma compleja y sistémica.

A pesar de lo anterior, la incertidumbre propia de la elección entre la asignación de permisos para, por ejemplo, la licencia de una mina de cobre a cielo abierto, sus posibles impactos ambientales y los presuntos beneficios generados, permite afirmar que el discurso de la elección racional es puramente ideológico y lo único que busca es legitimar una decisión que previamente ha sido tomada, al momento de ser acaparados los espacios de deliberación democrática (Congreso y función pública).

1.6 Los límites de la dicotomía voluntariedad/vinculatoriedad

Desde la aparición de los PR en 2011, el debate sobre la eficacia de un marco general de regulación de la conducta empresarial ha estado pivotando entre la eficacia de mecanismos voluntarios y vinculantes de derecho. Esta lógica fue planteada por John Ruggie como “gobernanza policéntrica” (Ruggie, 2014), la cual opera en diferentes esferas: a) Sistema de relaciones de derecho nacionales e internacionales, donde el Estado es el principal actor; b) la gobernanza civil, donde las organizaciones no gubernamentales, los movimientos sociales y los afectados por actividades empresariales son centrales; y c) La gobernanza empresarial donde la regla es el intercambio de experiencias en buenas practicas corporativas y la adhesión a instrumentos voluntarios. Estas esferas funcionan de forma independiente y articulada según el conflicto que esté en ciernes:

	Funcionamiento independiente	Funcionamiento articulado
Sistema de relaciones de derecho	En este campo operan los denominados instrumentos del Soft y Hard law, siendo estos dos sistemas diferenciados que	La articulación de sistemas funciona en diferentes niveles. En primer lugar, se presenta el caso de los Principios rectores sobre búsqueda de personas

<p>nacionales e internacionales</p>	<p>generan expectativas y obligaciones según el caso. Este esquema es dominante en el derecho internacional de los derechos humanos.</p>	<p>desaparecidas, los cuales son un instrumento de soft law, pero que han logrado generar consenso para convertirse en vinculantes. A nivel regional, el Sistema Interamericano es un buen referente, con su informe sobre empresas y derechos humanos de 2019 y el fallo de Buzos Miskitos vs. Honduras de 2021. Finalmente, la Comisión Europea ha generado una directiva sobre diligencia debida ambiental, la cual recurre a los PR como referente normativo.</p>
<p>Gobernanza civil</p>	<p>Existen diferentes coaliciones de organizaciones de la sociedad civil como La Red Latinoamericana de Litigio Estratégico sobre Empresas y Derechos Humanos¹³.</p>	<p>El Consorcio OET propuso los Principios de Maastricht, estos principios son un referente en la responsabilidad de compañías multinacionales. Su divulgación y acogida ha sido relevante en el sistema de Naciones unidas. Por otra parte, la participación de la sociedad civil en las discusiones del Tratado Vinculante han sido un referente, pues la reivindicación de este instrumento ha tenido como principales defensores a la sociedad civil y a algunos estados como Ecuador.</p>
<p>Gobernanza empresarial</p>	<p>Varias organizaciones sectoriales han venido generando coaliciones donde incluyen enfoques de derechos humanos. Un ejemplo de ello es la Consejo Internacional de Minería y Metales, el cual reúne más de 27 compañías mineras del mundo. A nivel nacional existen iniciativas como Guías Colombia en Derechos Humanos (DDHH) y Derecho Internacional Humanitario (DIH)</p>	<p>Los PR representan un acuerdo global consolidado en el seno de Naciones Unidas que se ha convertido en referente de conducta corporativa e incluso en su lenguaje de gobernanza corporativa. En particular han asumido la voluntad de implementar procedimientos y políticas de diligencia debida en materia de derechos humanos. De igual forma, el Pacto Global de Naciones Unidas es un espacio multiactor</p>

Tabla 2. Esferas de gobernanza policéntrica. Elaboración propia.

Teniendo en cuenta el panorama presentado, debe decirse que la dicotomía [vinculatorio/voluntario] no contribuye a la promoción de derechos, aun cuando sea una realidad objetiva del derecho internacional de los derechos humanos. Por esto, deberían incluirse tres criterios de interpretación y de reflexión en materia de empresas y derechos humanos, para determinar que una norma puede ser exigible:

¹³ El autor de este documento participó en la creación y coordinación de esta red durante los años 2021 y 2022.

- a) *Punto crítico o evento vinculante*: En ocasiones la suma de eventos puede dar como resultado que un instrumento internacional adquiera fuerza vinculante. La crisis climática, o los principios rectores sobre desplazamiento interno son ejemplo de ello. Esta dinámica es descrita por Finnemore y Sikkink (1998) como el ciclo de vida de la norma, la cual trasciende a su construcción y aprobación e incluye el contexto y la aceptación social y cultural de la misma.
- b) *Función señalizadora*: Rodríguez Garavito (2018) hace referencia a los principios rectores sobre desplazamiento interno, para explicar este criterio. Aunque aparecen como norma voluntaria, su contenido es la reafirmación de normas previas lo que permitió la articulación de nuevas estrategias y formas de entender las normas internacionales, dando cuenta de nuevas formas de aplicarlas.
- c) *Declaración de compromiso*: Un instrumento interesante para analizar esta categoría son los denominado Principios voluntarios sobre Seguridad y Derechos Humanos donde están involucrados Estados (i.e Colombia), empresas y organizaciones de la sociedad civil. Aunque comparten con los PR su condición de voluntarios, estos deberían entenderse, no como simple criterio de interpretación, sino como una clausula compromisoria. Al ser un instrumento que no está atado a ningún instrumento internacional y al que se adhiere de forma voluntaria cualquier estado y empresa, su aceptación debe entenderse desde la articulación de la no regresividad y el principio de legalidad, por lo que se convierte en una obligación contractual.

Este debate debe superar la idea de lo contencioso (norma con fuerza vinculante o no), sin olvidar que incluso en esos escenarios son los movimientos sociales los que estimulan a los tomadores de decisiones judiciales y a los Estados en general, a abordar diferentes problemáticas.

Capítulo 2: La paradoja constitucional del caso colombiano: entre economía y derechos

La constitución de 1991, tal como señalan algunos autores (Uprimny. 2012) pareciera no declarar un modelo económico en específico. Empero, podría decirse que la predominancia y amplia protección del derecho a la propiedad, dicen lo contrario. Sin embargo, ni siquiera la propiedad llega a ser tan intocable, como el derecho al desarrollo pues, en el primer caso, pareciera que se defiende la propiedad de unos cuantos: los actores económicos, mientras la de las comunidades es susceptible de ser menoscabada. Por otra parte, la preponderancia de la propiedad privada de los más poderosos es intocable en razón a su carácter determinante en el modelo de desarrollo dominante, el cual se convierte en único referente.

Un claro ejemplo de lo señalado, se puede identificar en la conflictividad asociada a la política minera colombiana, ejemplo de ello es el caso de las consultas populares en los municipios de Piedras (Tolima) y Tauramena (Casanare) ocurridas durante el año 2013, en las cuales la población dijo NO a proyectos minero-energéticos, encaminados a las *“actividades de exploración sísmica, perforación exploratoria, producción y transporte de hidrocarburos”*¹⁴, reabriendo un debate que parecía reglado (ley 685 de 2001-Código minero-) y que daba competencia exclusiva al Poder Ejecutivo (nivel central), en materia de actividad minera en el país (Robledo Silva, 2008). En efecto, en la legislación mencionada quedó establecido que *“ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería”* (Art 37. Código minero).

¹⁴ Decreto 095 de julio 9 de 2013 (Municipios de Piedras, Tolima) y Decreto 095 de Octubre 30 de 2013 (Municipio de Tauramena, Casanare).

Este debate sobre las consultas populares anteriormente mencionadas, fue asumido por la Corte Constitucional, en sentencia C-123 de 2014, donde determinó que el artículo señalado es constitucional, pero que, para poder ser llevada a término toda actividad minera, “*las autoridades competentes del nivel nacional, deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas*” y que esto puede dar mayor relevancia al carácter vinculante de las consultas populares, siendo la realizada en Cajamarca, Tolima, una de las más significativas¹⁵, por cuanto fue mayoritaria la exigencia de No realizar ninguna actividad minera en dicho municipio.

Así las cosas, la reacción desde el Ejecutivo Nacional se concentró de manera inmediata en limitar el mecanismo de participación de la consulta popular¹⁶. Para ello, su primera posición fue categórica, al declarar que la actividad minera y todo lo que a ella estaba vinculado, le era de competencia exclusiva, incluso haciendo referencia a la sentencia señalada (Garcés Villamil & Papalino Bautista, 2015). Posteriormente, ante la creciente inscripción de comités para la realización de consultas populares, la Corte Constitucional es compelida a definir, de nuevo, en sentencia de tutela (T-445 de 2016), y determina “*que los entes territoriales poseen la competencia para regular el uso del suelo y garantizar la protección del medio ambiente, incluso si al ejercer dicha prerrogativa terminan prohibiendo la actividad minera*”. Ante la situación, el poder Ejecutivo, en cabeza de Juan Manuel Santos, responde proponiendo hacer algunas modificaciones a las competencias municipales contenidas en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT 1454 de 2011) con el fin de limitar el alcance de las consultas populares y su vinculatoriedad.

Lo señalado da cuenta de una tensión subyacente, que vincula los mecanismos de participación, pero que trasciende las contradicciones entre un Estado altamente centralista y la necesaria descentralización establecida en la Constitución de (CNMH, 2016). Dicha tensión ha sido recurrentemente resuelta con reformas encaminadas a fortalecer el sistema centralista, fenómeno denominado *petrificación constitucional del ordenamiento territorial* (Hernández Becerra. 2015), y que expresa nodos críticos de carácter político y judicial (Trujillo Muñoz & Pérez Flórez, 2016) que confrontan el principio de autonomía con el principio democrático.

¹⁵ Decreto No. 018 del 25 de febrero de 2017 (Municipio de Cajamarca, Tolima).

¹⁶ Artículo 8 de la Ley 134 de 1994; Artículo 103 de la Constitución Política de 1991.

Es posible establecer una intersección entre materialización de derechos, participación ciudadana y territorio, en interacción con el derecho al desarrollo, las asimetrías de poder entre comunidades con el poder corporativo y la primarización de la economía colombiana, la cual se soporta en el modelo constitucional de 1991. Dicha intersección se complejiza en comunidades en donde interactúan diversos actores económicos, diversidad asociada al grado de implementación de políticas de diligencia debida, de participación en el conflicto armado y/o de implementación de obligaciones en derechos humanos; y en donde existen pluralidad de intereses comunitarios y/o altos niveles de vulnerabilidad.

Frente al carácter histórico, el maestro Orlando Fals Borda nos da algunos componentes de referencia que él denominó **Tres ajustes territoriales** (Fals Borda, 2000). Dichos ajustes se fundamentan a su vez en la presunción de acción dinámica y potenciadora de la autonomía como referente de consolidación democrática en Colombia. Dicho concepto es denominado por el mismo autor como **geopolítica de la región**, la cual debe entenderse desde el “*equilibrio regional*” (Fals Borda, 2000) y desde la consolidación de una “*República regional unitaria*” (Fals Borda, 2010).

Entonces, los ajustes territoriales corresponden a tres momentos de la historia colombiana en donde el Estado central se ha enfrentado a la posibilidad de desarticulación territorial. Dichos momentos obligan a asumir como unidad de análisis una geopolítica de la región entendiendo a esta última como “*espacio sociogeográfico con elementos físicos y humanos que le dan unidad*” (Fals Borda, 2010, pág. 290) en tanto existen pivotes de la autonomía (Fals Borda, 2000) y donde es necesario despetrificar el O.T¹⁷. (Hernandez Becerra, 2015) (Fals Borda, 2010).

Además, Nohora Carvajal, distingue dos tipos de ordenamiento, **el descendente y el ascendente** (Carvajal, 2011). El primero es el que se ha impuesto en Colombia de manera recurrente, caracterizado por la creencia ciega en elementos tecnocráticos planteados desde el nivel central del Estado (Carvajal, 2011), mientras que le segundo parte de comprender las “*diversas estrategias de los actores locales para hacer prevalecer sus*

¹⁷ En este documento la sigla O.T significa: **Ordenamiento Territorial**.

intereses locales” (Carvajal, 2011, pág. 22). Estas últimas son, sin duda, el resorte de la Constitución del 91 y antagonizan con el modelo económico planteado en ella. Por lo tanto, ante las contradicciones con el modelo económico, el escenario judicial ha tomado un papel relevante. Este planeamiento puede asumirse desde dos premisas: a) la exigibilidad judicial de los DESC que provoca la fractura de los reclamos al dispersar la lucha social (Rodríguez Peñaranda, 2016, pág. 367); y b) la posibilidad de consolidación de discursos de estigmatización de quienes sí estarían cubiertos por los supuestos beneficios de la explotación minera.

Así mismo, el profesor Augusto Trujillo nos propone un dilema: “**centralización política y descentralización administrativa**” (Flórez Pérez & y Trujillo Muñoz, 2016, pág. 22), como tendencia del O.T en Colombia. Como características de dicha tendencia encontramos la preferencia de la unidad nacional sobre la autonomía territorial, las limitaciones a los mecanismos de participación y la incapacidad de las autoridades locales frente a la gobernanza del territorio (Flórez Pérez & y Trujillo Muñoz, 2016).

Finalmente, el elemento dinamizador de la tensión entre poder central y local es la participación ciudadana, que, para el caso de las consultas populares en tensión con las licencias ambientales, se puede analizar desde el principio de **democracia ambiental concatenado con el de ciudadanía ambiental**. Estos conceptos (Mesa Cuadros, 2010) exigen entender que: la solidaridad, un **cosmopolitismo redistributivo y la des-territorialización del Estado-Nación** son las bases para una democracia que pueda ser entendida como participativa y deliberativa (Mesa Cuadros, 2010).

Para entender lo anteriormente planteado, se deben establecer tres escenarios de análisis. En primer lugar, la reconstrucción de las discusiones en torno a la tendencia centralista del Estado Colombiano y las tensiones que ha establecido con las regiones, negándolas e incluso provocando desequilibrios entre estas (Flórez Pérez & y Trujillo Muñoz, 2016). En segundo lugar, presentaremos cómo la Constitución de 1991 introduce alternativas para superar dichos desequilibrios territoriales, pero genera nuevos conflictos que le son inherentes como la contradicción entre el modelo económico y social de la constitución (Mejía Quintana, 2002) (Rodríguez Peñaranda, 2016) y el modelo de Ordenamiento territorial que en principio es vanguardista, pero entraña otras contradicciones vinculadas a su nivel de desarrollo y materialización. En tercer lugar, partiendo de las nuevas

tensiones que emergen de la Constitución de 1991, nos enfocaremos en la dimensión ambiental de estas, asumiendo como referente el choque del modelo minero-energético y las consultas populares. Finalmente, a modo de conclusión propositiva, es pertinente desarrollar una tesis: superar dicha tensión implica la profundización de una democracia orgánica, en términos de dar contenido a la dimensión ambiental de la misma (Rodríguez Garavito, 2015).

En cuanto a la tendencia histórica señalada, se ha caracterizado por debilitar la democracia, imponiendo modelos primarios de ordenamiento territorial que, por sus características verticales o “*descendientes*” (Carvajal, 2011), comenzaron a resolverse con la elección popular de alcaldes y gobernadores en 1986. De tales procesos se han heredado estructuras rígidas de división territorial, en donde el municipio continúa siendo la estructura dominante, con una función exclusiva de la circunscripción electoral, sin tener en cuenta criterios más determinantes como el cultural o el ambiental (Trujillo Muñoz, 2007). En conclusión, la tendencia colombiana es centralizadora y fragmentadora, dando lugar a una completa desconexión entre el municipio y el Estado central, por cuanto la demisión intermedia del territorio, es decir la región, no ha sido tomada en serio, fenómeno denominado por Restrepo (2004) como “archipiélagos” de administración del territorio.

Como respuesta a estos conflictos que llegaron a tener dimensiones ambientales, políticas e incluso de carácter armado, la propuesta de transformación de los desequilibrios territoriales planteados, es encarnada en la declaración expresa, tanto de la forma del Estado (Artículo 1: “...*República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista*”, como de la descripción y organización del territorio (Artículo 285 a 331). Sin embargo, aun cuando dicha constitución tiene un carácter aspiracionista y, por tanto, de materialización gradual (Uprimny, 2012), lo cierto es que varios autores coinciden en que ésta entraña nuevas contradicciones: en primer lugar, aquella relacionada con el carácter neoliberal y la tendencia a privilegiar modelos extractivistas de primarización de la economía (Mejía Quintana, 2002); en segundo lugar el hecho de considerar, como panacea de la materialización de derechos, la justicia rogada (Rodríguez Peñaranda, 2016), lo cual supone que, hasta tanto los jueces no reconocen un derecho, el Estado no se compromete en su realización.

Frente a las nuevas tensiones, la discusión en torno al ordenamiento territorial colombiano se ha desarrollado desde tres perspectivas. En primer lugar, una perspectiva analítica, enfocada en la comprensión interna del modelo de ordenamiento territorial existente y su carácter insuficiente, centrado, de manera exclusiva, en la dimensión político administrativa (Fals Borda, 2000). Por otra parte, las múltiples dificultades para llevar a cabo una ley orgánica de Ordenamiento territorial, lo que muestra la evidente resistencia a modificar la lógica territorial del país, aún cuando sigue existiendo la necesidad de abandonar la fragmentación de los municipios, para dirigirse hacia las posibilidades articuladoras de las regiones (Fals Borda, 2000) (Trujillo Muñoz, 2007) (Robledo Silva, 2018).

Finalmente, la discusión actual en torno a la relación entre la participación ciudadana y su incidencia en la toma de decisiones tiene como punto de referencia nuevos modelos de democracia en donde la convergencia y el punto de confluencia, de quienes teóricamente adhieren al pacto social, no es la abstracción de cuerpo social sino la resolución de problemas y conflictos emanados de las relaciones sociales. Así las cosas, las consultas populares pueden entenderse, desde la discusión planteada por Nancy Fraser y recogida por Rodríguez Garavito (2015) (Rodríguez Garavito, 2015), como las dimensiones de las justicias advocadas a responder tres preguntas: ¿Quiénes son sujetos de justicia?, ¿Cómo se debe materializar dicha justicia? y ¿Cuál debe ser el mecanismo de participación?

La democracia, o mejor, las luchas por la democratización de las relaciones sociales, siempre han expresado, en efecto, una serie de tensiones históricas que hoy han hecho todo menos desaparecer: entre igualdad y desigualdad, entre distribución y concentración del poder o, sencillamente, entre el autogobierno político y económico y las diferentes conjugaciones de la oligarquía, la plutocracia o la tiranía. (Pisarello. 2011, P. 21)

Lo que hay detrás de estos fenómenos, en realidad, es un desplazamiento del principio democrático por parte del principio oligárquico en beneficio de lo que los antiguos llamaban la Constitución mixta, es decir, unas estructuras de poder en las que la existencia controlada de algunas libertades públicas se admite siempre que se reserve a los grandes poderes económicos una posición decisiva. Este escenario, en el que una minoría dinámica y centrada en las grandes riquezas es capaz de dominar no solo a través de la coacción, sino creando un cierto consenso mediático e incluso electoral, remite, mutatis

mutandis, a la propia noción antigua de isonomía oligárquica, un régimen que, sirviéndose del prestigio de la palabra democracia, ha acabado por deformarla hasta volverla irreconocible o inofensiva. (Pisarello. 2011, P. 23)

La reflexión presentada da cuenta de diferentes dinámicas que deben tenerse en cuenta cuando se analiza la relación entre economía y modelo constitucional. Sin embargo, para el caso particular colombiano, se proponen cuatro debates, partiendo del modelo económico constitucionalizado en 1991 para luego relacionarlo con políticas públicas y la implementación en Colombia de instrumentos internacionales relativos a las empresas y los derechos humanos; y concluyendo con un escenario complejo: La constitucionalización de barreras para la realización de los derechos, cuando entran en conflicto con el modelo económico dominante.

2.1 Estado social de derecho y constitución económica

Con la introducción de la Cláusula del Estado Social de Derecho en la constitución de 1991, el constituyente primario establece, cuanto menos, tres reglas de interpretación de acción estatal que la sentencia T-406 de 1992. En primer lugar, la pretensión de un estado en constante transformación, lo que le da su proyección aspiracional; en segundo lugar, la concepción de un Estado intervencionista que permite delimitarlo en el campo de los Estados constitucionales democráticos; y finalmente, la comprensión de la acción estatal sobre tres pilares: a) Catálogo amplio de derechos; b) una sociedad pluralista y multicultural; y c) la comprensión de una democracia participativa.

Por lo tanto, el referente de integración de este proyecto constitucional es la primacía de los derechos fundamentales, que entendidos desde una perspectiva más ontológica, se refiere a los derechos humanos. Así, como señala la Corte Constitucional, es necesaria *“una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales”* (Sentencia T-406 de 1992).

Una visión del Estado de las características mencionadas y el rol central que juega la justicia en su funcionamiento pone de presente que la clásica distinción entre constitución dogmática y orgánica es incoherente e irreal, ya que como lo señala la Corte *“No es posible, entonces,*

interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales” (Sentencia T-406 de 1992).

En este orden de ideas, el primer elemento que quisiéramos analizar se encuentra en la intersección entre participación, como indicador de democratización del Estado colombiano y la intervención del Estado en la garantía de derechos. Para ello, partimos del criterio planteado por Sunstein (1988) quien propone entender las constituciones como límites a la capacidad de gobernar y el ejercicio de poder de las mayorías. Por ello, estas pueden contener dos tipos de disposiciones: a) Estructurales; y b) de Derechos. Las primeras enfrentan los problemas inherentes a la democracia, así determinan el tipo de separación de poderes o la organización del territorio. Las segundas protegen al conjunto de la sociedad frente a los excesos de las mayorías.

Sin embargo, la perspectiva dominante en la interpretación constitucional en materia económica ha seguido la perspectiva según la cual, la intervención de los jueces en esta materia, afecta la seguridad jurídica, ya que su intervención, como lo identificó Uprimny (2016), es considerada por algunos autores y sectores como innecesaria e incluso peligrosa, pues *“pone en peligro la certeza de los contratos y de las regulaciones, debido a que, en cualquier momento, una ley podría ser anulada por razones de constitucionalidad, muchas veces con efectos retroactivos. Esta inseguridad jurídica tendría graves efectos en el desarrollo, pues aumentaría considerablemente los costos de transacción y desestimularía la inversión, ya que los agentes económicos no lograrían conocer con exactitud cuáles son las reglas jurídicas aplicables”* (Uprimny. 2016. P. 98)

Esta postura ampliamente extendida en el seno de la Corte Constitucional implicó que el autor de referencia en la comprensión de los conflictos entre democracia y economía se resolviera por una lectura Rawlsiana. Así, el criterio de interpretación se basa en el criterio de desigualdades justas e injustas. Con este criterio, en razón del “interés general” la Corte se ha limitado a verificar si la no intervención en conflictos entre intereses empresariales y los derechos a la participación o al territorio, estaría constitucionalmente prohibida y si dicha inhibición es adecuada en el sentido de no agravar una situación de vulneración de derechos determinada.

La paradoja en este sentido es que, casi a modo de mantra, la Corte ha establecido que es más beneficioso no intervenir, incoando al legislativo a resolver dichos conflictos. En este sentido, Rawls plantea que *“las desigualdades de riqueza y autoridad, sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad”* (Rawls, 1995: 27). Empero, con esta postura se desconocen dos hechos fácticos que sin lugar a dudas ahondan las desigualdades entre comunidades y empresas, en favor de estas segundas.

En primer lugar, las evidentes asimetrías de poder que, en escenarios de negociación o de litigio, ponen a las comunidades en desventaja material frente a las empresas; y, en segundo lugar, la afectación objetiva del núcleo esencial del derecho a la libertad de empresa no tiene los mismos impactos que la afectación del derecho al territorio (lo que generalmente incluye impactos ambientales, al derecho a la vida, a la dignidad humana, etc). Por lo tanto, pensar que la seguridad en los contratos es el núcleo central del derecho a la propiedad privada y que el derecho de las comunidades a rechazar una actividad extractiva en su territorio puede diferirse a la voluntad del legislativo, alimenta la idea según la cual, la progresividad es sinónimo de lo facultativo.

Retomando el hilo conductor del debate, en el tema planteado se pone de presente que existen bloques de derechos más armónicamente articulados, que otros, a la parte orgánica de la constitución. Entonces, aún cuando damos preponderancia a los derechos fundamentales, lo cierto es que Colombia es una economía de mercado y en este sentido la parte orgánica relativa al capítulo de hacienda pública y de organización del territorio, pareciera incluir una serie de derechos más próximos, que otros, a su materialidad.

Ante la insuficiencia de la lectura rawlsiana sobre la justicia, proponemos tomar como referente el enfoque de la teoría del enmarque propuesto por Nancy Fraser (2008), la cual nos plantea tres preguntas transversales: el *qué*, el *quién* y el *cómo* de la justicia en términos de redistribución, reconocimiento, representación. La profesora Fraser nos ofrece, en su planteamiento teórico, importantes elementos de análisis desde los cuales buscamos determinar *por qué*, en un Estado centralista, la tensión alrededor de la autonomía territorial tiene nuevas dinámicas y esferas de acción, al momento de irrumpir la participación ciudadana, que fortalece dicha autonomía, en un sentido inversamente proporcional a las

competencias del Estado central y en el cual, la justicia ha protegido de forma indirecta los intereses corporativos, bajo el frugal argumento del interés general.

La discusión actual en torno a la relación entre la participación ciudadana y su incidencia en la toma de decisiones tiene como punto de referencia nuevos modelos de democracia en donde la convergencia y el punto de confluencia de quienes teóricamente adhieren al pacto social, no es la abstracción de cuerpo social sino la resolución de problemas y conflictos emanados de las relaciones sociales.

Así las cosas, las consultas populares pueden entenderse desde la discusión planteada por Nancy Fraser y recogida por Rodríguez Garavito (2015), según la cual en ellas convergen las dimensiones de las justicias dirigidas a responder tres preguntas: ¿Quiénes son sujetos de justicia?, ¿Cómo se debe materializar dicha justicia? y ¿Cuál debe ser el mecanismo de participación? Estas preguntas orientadoras permitirían hacer una lectura completa de los verdaderos impactos de la línea argumentativa que ha asumido la corte constitucional, en donde se pasó de un amplio reconocimiento a la participación ciudadana, considerando a la consulta popular idónea para dirimir conflictos entre la seguridad jurídica de las empresas y a defensa del territorio de las comunidades (Garcés Villamil, Miguel Ángel & Papalino Bautista, William Gabriel. 2015), a uno modelo limitado, bajo la máxima de que el Estado es el propietario del subsuelo y el que tiene la última palabra.

La Corte Constitucional inició sus reflexiones sobre el conflicto entre las decisiones de las comunidades frente a la minería y la estabilidad de los proyectos extractivos con la sentencia C.123 de 2014 en donde determinó que, para poder llevarse a cabo toda actividad minera, *“las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas”*. Esta postura parecía dar fuerza a la participación ciudadana y al legítimo derecho de toda comunidad que pudiera verse afectada por un proyecto extractivo de rechazar su realización. Luego, en la sentencia T-445 de 2016 ratificó dicha línea al considerar que las entidades territoriales, no solo estaban facultadas para promover consultas populares dando vía libre a proyectos extractivos, sino que además dichas entidades poseían *“la competencia para regular el uso del suelo y garantizar la protección del medio ambiente, incluso si al ejercer dicha prerrogativa terminan prohibiendo la actividad minera”*

Sin embargo, en el año 2018 se da una ruptura importante de esta línea e incluso un retroceso en la misma. Ahora bien, antes de abordar dicha ruptura, debe señalarse como antecedente de este cambio *in contrario*, a la sentencia C-619 de 2015, que dio máxima legitimidad a la fórmula que utilizará el ejecutivo para imponer, vía plan de desarrollo, el extractivismo como modelo económico: la declaratoria de la minería como actividad de utilidad pública¹⁸.

Con dicha decisión la Corte Constitucional renunció abiertamente a evaluar el carácter contradictorio de la posibilidad de declarar como de utilidad pública ciertas actividades mineras, aun cuando estas desestimaron el carácter ecológico de la Constitución de 1991. El resultado de ello fue el de inhibirse en adelante frente a este debate. Esta orientación interpretativa no es extraña en el alto tribunal, pues cuando se ha visto enfrentada a determinar la correlación entre la materialización de derechos y la prevalencia de una forma productiva (de un modelo económico en particular), su postura ha sido la de un activismo judicial restrictivo, contrario a la postura que ha asumido en la materialización de los denominado derechos civiles y políticos¹⁹.

Ahora bien, como lo han sostenido Sunstein y Holmes (2011) la garantía de cualquier derecho implica en sí misma un costo. En este sentido, existen factores previos que no son cuantitativos, sino que por el contrario son cualitativos o mixtos, con características difusas cuando la materialización de un efecto se expande en el tiempo o que están asociados a efectos estructurales en el sistema democrático, los cuales suelen ser excluidos de los análisis casuísticos propios de las decisiones judiciales.

¹⁸ Esta herramienta de planeación y gestión del territorio y de recursos estatales se encuentra anclada en el artículo 58, así: *“Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica [...] Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa.*

¹⁹ A modo de ejemplo de la afirmación presentada, en el año 2018, con ponencia de la Honorable Magistrada Cristina Pardo Schlesinger, la Corte Constitucional profirió la Sentencia de unificación SU-095/18, en la cual se INHIBIÓ para determinar el carácter vinculante de las decisiones populares (Derecho y principio de participación) en la continuidad, realización y/o de proyectos mineros en un territorio determinado. En concreto, se abstuvo de materializar el reconocimiento del derecho de toda comunidad de rechazar un proyecto extractivo que les afecte de manera directa, ya sea en aplicación del principio de precaución, como la obligación internacional de diligencia debida. En dicha oportunidad, la corte utilizó el llamado al legislativo para que establezca mediante ley cómo se podría garantizar la realización de consultas populares frente a la minería y, el grado de vinculatoriedad de las decisiones tomadas. Es decir, recurrió a una de los tipos de órdenes con menor fuerza impositiva, para “instar” al legislativo a decidir sobre el futuro de la participación ciudadana, desconociendo que dicha instancia ha sido reticente al tema.

Para la Corte, el problema se zanjó en razón a dos argumentos. El primero nos plantea la división de poderes, determinado que el alcance de la participación ciudadana sólo lo podía determinar el legislativo; argumento sobre el cual no habría mayor objeción. Pero, el segundo argumento con el cual se negó a resolver lo concreto de la constitucionalidad de la declaratoria de utilidad pública de la minería, lo hizo asumiendo como criterio una lectura economicista de los efectos de su decisión, en términos de externalidades, argumentando que los efectos macroeconómico serían devastadores, para lo cual, vía el test de razonabilidad leve, concluyó que inhibirse no afectaba los derechos a la participación, a la vida digna y al ambiente sano, aun cuando las actividades extractivas que, seguirán activas hasta tanto no exista una prohibición expresa, tienen altos impactos en los derechos mencionados.

Pero, la Corte Constitucional omitió que contemplar las decisiones de constitucionalidad como externalidades implica que las instituciones judiciales asuman en sus decisiones un conjunto de presunciones que autores como Sunstein (2016) han denominado “preocupaciones institucionales” (p. 168). Para comprenderlas, este autor señala que las normas fallan en su pretensión reguladora cuando no se tienen en cuenta una serie de factores a) En *la concepción de una norma*: la interferencia de grupos de interés y la exacerbación de asimetrías entre actores (para el caso de este artículo: empresas y comunidades); y b) En *la implementación de una norma*: el desprecio de mecanismo de protección y de contrapeso suficientes al interior de la misma. (Sunstein. 2016. pp. 69-156).

2.1.1 Soberanía y extraterritorialidad: La lex mercatoria

El Derecho comercial, por su larga historia que data de la edad media, tal como lo señala Cadena (2006), tiene un amplio conjunto de instituciones e instrumentos consolidados, que va desde los tratados hasta los intentos de codificación y establecimiento de normas de conducta. Sin embargo, existen dos instrumentos que tienen un alto impacto en el marco constitucional de los países, sin importar su orientación ideológica, en razón de su fuerte contenido vinculante: Los tratados internacionales y el arbitraje internacional.

En el primer caso, los tratados internacionales son reconocidos como “fuente supletoria” (Cadena. 2006. Pág. 6), aunque su fuerza vinculante radica, de manera paradójica, en que

su fuente es un acto soberano de los Estados, bajo el criterio de una legitimidad profundamente antidemocrática: *renunciar a su propia soberanía*.

En el segundo caso, Cadena (2006) citando a Guardiola identifica de manera precisa el alcance del **arbitraje internacional** como “*la principal institución que permite a las partes involucradas en una controversia, eludir la vía judicial, sometiendo la resolución de aquella a un tercero, arbitro, o a un organismo determinado que se encargue del nombramiento del mismo*” (P. 6).

El arbitraje puede consolidar un referente normativo en materia comercial de alcance universal como señala Tobar (2012), donde se destaca la paulatina implementación de los principios UNIDROIT, los cuales dan a la *lex mercatoria* el alcance de referente de interpretación de los contratos.

Pero, el escenario de mayor complejidad que ofrece es la idea de la no necesidad de creación normativa institucionalizada y, en consecuencia, la innecesaria consolidación de instituciones democráticas, representativas o participativas, pues bastaría con una serie de principios o declaraciones generales y una declaración de contenido, caso a caso, como referente central. Precisamente, Tobar (2012) haciendo referencia a Teubner, sostiene que esa es una de las ventajas de la *lex mercatoria*, pues “la existencia de un cuerpo bien elaborado de reglas no es decisiva dentro de un sistema jurídico,” ya que”, a lo que se le debe dar importancia es al proceso de auto-organización de constitución recíproca entre actos y estructuras jurídicas” (Tobar. 2012. Pág. 252)

Por otra parte, la relación entre Empresas y derechos humanos está marcada por la voluntariedad de las obligaciones en relación con las empresas, en un discurso que debe ser denunciado con vehemencia. ¿Pero por qué afirmamos esto? Mientras las obligaciones en materia de derechos humanos ponen a los estados primero que a las empresas, al momento de reclamar la preponderancia que juega cada institución en las sociedades actuales, los actores económicos se proclaman insoslayables para el desarrollo.

El primer referente en materia de derechos humanos y empresas puede identificarse recientemente con el trabajo liderado por John Ruggie como Representante Especial del Secretario General de la ONU para Empresas y Derechos Humanos, quien en 2011, promovió, ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, los Principios Rectores sobre

empresas y derechos humanos: un instrumento de derecho internacional público, concebido para dar fundamento a los criterios de responsabilidad de las empresas, con el fin de consolidar un mecanismo que pueda prevenir violaciones a los derechos humanos por parte de las mismas (Rodríguez Garavito, C. 2018, 2017, 2015, 2015a y 2014).

Adicionalmente, Autores como Rodríguez Garavito (2018; 2017) y Jochnick & Bickford (2016) plantean como elemento central de materialización de un marco vinculante de derechos humanos para los actores económicos, a la ciudadanía y la participación de la misma en procesos deliberativos y de activismo dialógico, con una dimensión ambiental y de gobernanza desde los territorios.

Las discusiones presentadas en este capítulo ponen de manifiesto que, en el escenario del derecho internacional, las regulaciones en materia mercantil y de inversión tienen mayores instrumentos de vinculatoriedad que las que se fundamentan en la garantía, promoción y respeto de los derechos humanos.

2.2 ¿Estado Social de derecho postwesfaliano?: Las políticas públicas en materia de empresas y derechos humanos

La filósofa y teórica estadounidense Nancy Fraser ha planteado una serie de preguntas metodológicas, que han sido explicadas en la introducción de este documento y que refieren a los sujetos y el lugar²⁰ de materialización de derechos. Desde su lectura de la realidad, existe una concepción dominante sobre la justicia que asume como dogma que *“los sujetos de la justicia sólo podían ser los miembros de una ciudadanía territorializada”* (Fraser. 2010. P. 313).

Pero como lo señala la autora, las sociedades occidentales han dejado de estar representadas por unidades jurídico-culturales plenamente autónomas (Estado-Nación), planteando desafíos al lugar de enunciación de la justicia, que puede estar representado por discusiones entre lo local-nacional, lo transnacional-regional y lo global-cosmopolita

²⁰ Se entiende lugar en termino de jurisdicción y de sujeto obligado.

(Fraser. 2010). La propuesta feminista de Fraser nos plantea una reflexión central, en un sistema altamente globalizado, donde los nodos de poder se encuentran en tensión o disputa: que no se puede seguir recurriendo a la fórmula del Estado como único garante de derechos. También es importante comprender las dinámicas de los actores sociales, quienes reclaman y expanden los escenarios de comprensión de los derechos.

Ahora bien, desde el punto de vista estatal, el análisis de la crisis postwesfalina del Estado se articula con la propuesta conceptual del sistema-mundo²¹, la cual plantea una clara configuración del poder, donde los Estados no desaparecen, pero sí tienden su manto fuliginoso, que impide entender donde se encuentra el poder. Wallerstein presenta este sistema mundo de la modernidad como la configuración propia del modelo capitalista en su fase de economía-mundo, caracterizada por no estar delimitada bajo la forma de estructura política unitaria (Estado), además de estar vinculada a una gran zona geográfica (Wallerstein, 2005).

En este orden de ideas, las instituciones que determinan las relaciones políticas, económicas y sociales pueden identificarse en las diferentes interacciones entre multinacionales, el mercado, los estados y el cada vez más consolidado sistema interestatal (Regional -SIDH, SEDH, SADH y el internacional -ONU y OMC-). Este último suele ser cuestionado por estar sometido a los vaivenes de la geopolítica y las dinámicas de *Balance and balancing* propias de la lucha por los equilibrios de poder, que los neorrealistas identificaban como una constante en las relaciones internacionales²².

Precisamente, el marco internacional de Naciones Unidas, al impulsar los PR sobre empresas y Derechos humanos, tal como se explicaron en la introducción de este documento, ha venido creando lo que algunos autores denominaron “ecosistema internacional de responsabilidad empresarial” (Cantú Rivera, 2017; Ruggie, 2014). Dicho ecosistema ha generado una dinámica distinta a la tradicional en la garantía de derechos. Lo regular es que los Estados suscriben tratados internacionales que cobra fuerza

²¹ Concepto propuesto por el sociólogo estadounidense Immanuel Wallerstein.

²² Uno de los primeros autores en hablar de la teoría del equilibrio de poder fue el estadounidense Kenneth Waltz, para quien las relaciones internacionales estaban constantemente sometidas al abuso de poder del más fuerte, siendo necesario estar en constante configuración de alianzas a fin de evitar hegemonías y la tentación de las guerras entre países.

vinculante al momento de ser ratificados. Sin embargo, la generación del marco voluntario sobre empresas y derechos humanos, aunque significativamente limitado, ha generado importantes debates y se ha articulado a otros instrumentos. Consecuencia de esto es que en el tema de regulación de la responsabilidad propia de actores económicos, no han sido los tribunales o los parlamentos los únicos actores generadores de reconocimiento a estas normas, sino que algunos Estados han asumido este reto desde su poder ejecutivo, a través de los denominados *Planes Nacionales de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos (PNAs)*.

Este instrumento de política pública no tiene como origen a los PR, como señala Cantú Rivera (2017), sino a la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, estableciendo los planes de acción como una herramienta fundamental para fortalecer las iniciativas de promover y proteger los derechos humanos. Empero, tras la promulgación de los PR, es Europa la que asume el desafío de promover los PNA en el año 2011:

“En el ámbito de la responsabilidad empresarial, el llamado a desarrollar estos proyectos surgió en 2011, cuando la Comisión Europea urgió a los Estados a adoptar planes de acción nacional para implementar los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos a través de su Comunicación 681, titulada Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas” (Cantú Rivera, 2017, p. 123).

Después del año 2011 y hasta la fecha, un número cada vez mayor de países viene acogiendo la misma orientación, algunos con un PNA terminado, en construcción o incluso con el desarrollo de iniciativas que buscan el mismo objetivo de estos, tal como se puede apreciar en el siguiente mapa:

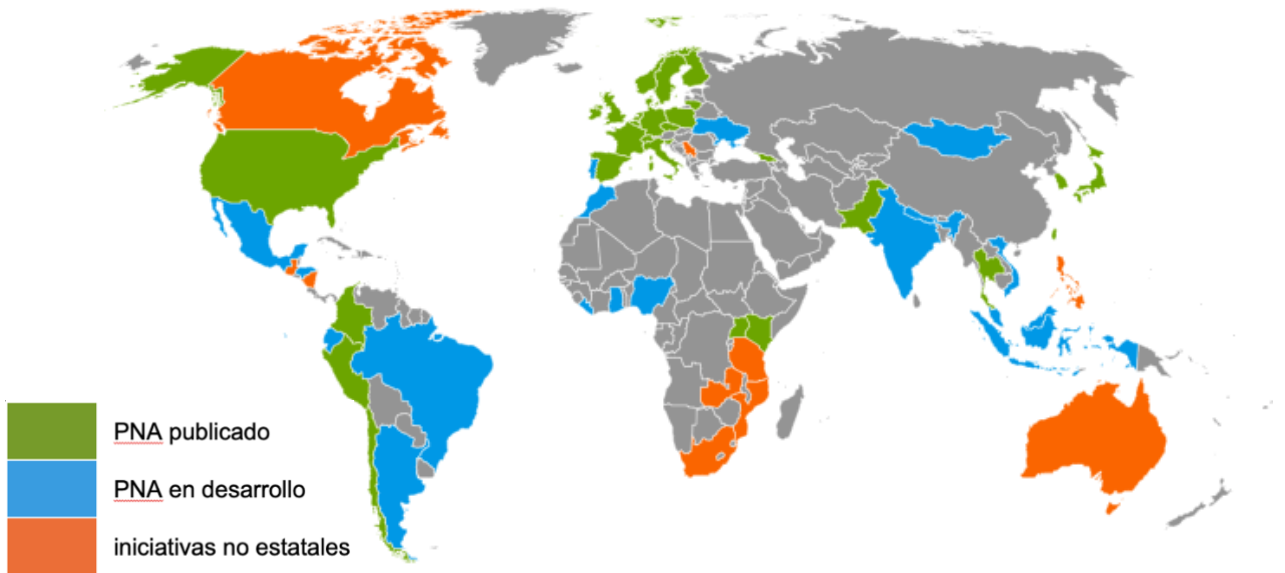


Ilustración 1. Mapa global de adopción de PNAs. Tomado de: <https://globalnaps.org/>

En el caso colombiano, el primer intento de construcción de esta política pública ocurrió durante el gobierno de Juan Manuel Santos, quien presentó el primer *Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresas (2015-2018) (PNA)*, que retoma de nuevo los tres ejes o pilares de los Principios Rectores y se plantea garantizar que “*las actividades empresariales en Colombia sean respetuosas de los Derechos Humanos y contribuyan al desarrollo sostenible del País.*” Este Plan crea dos órganos encargados de la implementación del mismo: a) La comisión asesora; y b) El grupo de trabajo interinstitucional. El primero con un funcionamiento bajo el esquema multiactor (gremios, sociedad Civil, defensoría del pueblo y comunidad internacional) y el segundo compuesto por instancias Estatales y liderado por la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos.

Luego, el gobierno de Iván Duque propuso una actualización del mismo, mediante un proceso que inicio en 2018, generando una primera actualización en diciembre de 2019 y una segunda en diciembre de 2020. Esta ultima actualización puede calificarse como un importante retroceso en la consolidación de esta política, pues redujo todos los problemas de responsabilidad corporativa a los posibles impactos de la pandemia de la COVID-19.

Esta nueva actualización, no debe entenderse como la consolidación de un proceso favorable a los derechos humanos en el contexto de actividades empresariales. Por el

contrario, evidencia que una de las grandes debilidades de no establecer marcos normativos, radica en que las políticas públicas están sujetas a los intereses del gobierno de turno. Por esto, diferentes organizaciones de la sociedad civil han resaltado que, además del reduccionismo a la pandemia, la actualización del PNA no se consultó de manera suficiente y dejó por fuera una caracterización de los sectores económicos que generan violaciones a los derechos humanos. A modo de cierre, se presentan los principales críticas y propuestas generadas por sectores de la sociedad civil que se han pronunciado sobre el tema:

	Críticas al PNA	Propuestas para el PNA
Mesa Nacional de ONG sobre Empresas y Derechos Humanos ²³	<p>En 2019: Se mantienen los vacíos del primer PNA: No se implementó un proceso de consulta previa, el documento tardó en estar disponible para su consulta, tampoco contó con una línea base con enfoques territoriales y de impactos empresariales en el ambiente. Finalmente, evita nombrar empresas que han causado impactos negativos en el ambiente y los derechos humanos.</p> <p>En 2020: Se señala como falencia estructural la falta de consulta en la formulación del mismo, reduciendo ésta a algunos grupos de interés favorables al gobierno de turno.</p>	<p>En 2019: Reconsiderar los vacíos estructurales señalados, establecer obligaciones para el cumplimiento efectivo de instrumentos internacionales de derechos humanos (i.e desarrollando marcos normativos) e incluir un marco institucional que garantice mecanismos efectivos de acceso a la justicia y a la reparación.</p> <p>En 2020: Este documento evidencia las deficiencias de los PR para proteger derechos humanos. Por ello se debe propender por el desarrollo de mecanismos judiciales para la reparación de las víctimas, abandonando paulatinamente las consideraciones de voluntariedad, de diálogo multiactor y los mecanismos extrajudiciales. Por último, deben adoptarse los estándares desarrollados por la REDESCA.</p>

²³ Esta es una coalición que agrupa más de 50 organizaciones de la sociedad civil colombianas e internacionales, con trabajo de alcance local y nacional. Para conocer más detalles consultar: <https://www.ciedhcolombia.org/mesaedh>

Sector sindical (CUT, CGT, CTC, Fecode y ENS)	<p>En 2020: Se señala que el PNA favorece a empresas en detrimento de la población trabajadora, lo que se evidencia en la total ausencia de un proceso de consulta real y vinculante. Además, aunque reduce la discusión al contexto de la pandemia, no reconoce cómo durante ésta se afectaron importantes libertades como la de asociación. Tampoco cuenta con mecanismos claros de acceso a la justicia ni mecanismo de reconocimiento de responsabilidad por parte de empresas. Por último, desconoce los desarrollos normativos internacionales propios de instituciones como la OIT ni las recomendaciones de la OCDE.</p>	<p>En 2020: Se plantea la inclusión inmediata del movimiento sindical como actor deliberante y formulador del PNA. Se sugiere la inclusión de formas de reparación colectiva desde la implementación de principios como el de trabajo decente y enfoques como el de libertad sindical.</p>
---	---	---

Tabla 3. Reconstrucción de críticas y propuestas sobre el PNA desde la sociedad civil. Elaboración propia

2.3 La diligencia debida en el contexto colombiano

La sentencia SU-123 de 2018 abre el debate de la regulación vinculativa de los principios rectores y la implementación de un referente de comprensión normativa de la denominada diligencia debida²⁴ en la que se puede identificar tres elementos. Esta sentencia relacionada a la extracción de hidrocarburos en el territorio Awá, establece los criterios a tener en cuenta en materia de diligencia debida, cuando se deba proteger el derecho de consulta previa y su relación con el fundamento democrático ambiental de la constitución de 1991.

En la sentencia se evalúan diferentes tipos de afectación al pueblo indígena Awá de la Cabaña²⁵, que reflejan el incumplimiento de la empresa frente a la obligación de efectuar un proceso de consulta previa, libre e informada, en razón del proyecto de extracción de petróleo de los pozos Quillacinga 1, Piñuña- 1 y Curinguina-1, en el corregimiento de

²⁴ La diligencia debida va más allá del tradicional esquema voluntario de la lista de chequeo. Algunas organizaciones y movimientos sociales defienden la idea de consolidar la diligencia debida de carácter obligatorio, para lo cual es fundamental legislar sobre la materia (como en el caso europeo), e integrarla como concepto de referencia en marcos normativos ya existentes, tales como códigos mineros, procedimientos de implantación de la consulta previa en el licenciamiento ambiental e incluso como cláusula compromisoria de derechos humanos en los tratados comerciales y bilaterales de inversión. Sobre este tema se puede consultar la *landing page* y el *tracker* del Centro de Información Sobre Empresas y Derechos Humanos: <https://www.business-humanrights.org/es/temas-centrales/debida-diligencia-obligatoria-en-derechos-humanos/>

²⁵ Ubicado en el municipio de Puerto Asís, Putumayo.

Teteyé, del municipio de Puerto Asís, el cual ya se hizo efectivo y sigue afectando la vida de los Awá, un pueblo que fue reconocido como en peligro de exterminio, en el Auto 004 de 2009 que hace seguimiento al cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004.

La importancia de esta sentencia radica (parte de ser de unificación) en la incorporación del pilar II, numeral 15 de los principios rectores sobre empresas y Derechos humanos²⁶, relativo a la obligación de diligencia debida para la garantía y respeto de derechos humanos por parte Estados y Actores económicos. De esta manera se pone en interacción un derecho consolidado como el de consulta previa con la noción de justicia ambiental, a través de la constitucionalización de la diligencia debida proveniente de un instrumento de soft law como los principios rectores.

El eje central de análisis de la sentencia es la correlación entre consulta previa y justicia ambiental, a través de la definición de *“criterios sobre la debida diligencia y las responsabilidades diferenciadas del Estado y de los particulares en materia de consulta previa”* (Sentencia SU-123 de 2018. Parr. 4.2-3). Para este propósito, el magistrado y conjuerz ponentes recurren al enfoque de las escalas de la justicia y a la reflexión teórica situada de Nancy Fraser, citado previamente en sentencias como la T-294 de 2014, que toma en cuenta cuatro elementos: *“i) la justicia distributiva; ii) la justicia participativa; iii) el principio de sostenibilidad; y iv) el principio de precaución”* (Sentencia SU-123 de 2018. Parr. 10.4).

Esta lectura, aborda de manera compleja el ejercicio de interpretación del grado de vulneración de la consulta previa, no solo en el seno de su propio núcleo esencial, sino que también lo dimensiona en su componente de interacción con el conjunto del marco constitucional colombiano. Así, se evidencia el equilibrio entre cargas y beneficios, el rol de los directamente afectados, la viabilidad ecológica asociada, no solo a un imperativo de existencia de las sociedades sino a compromisos internacionales como los relativos a los objetivos del milenio y, finalmente, la perspectiva del imperativo ambiental, desde la cual se introduce un principio que funciona como bisagra de interpretación para la garantía del derecho a un ambiente sano sobre las pretensiones universalistas de un único modelo de desarrollo: El principio precautorio.

²⁶ https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

Al respecto, Uprimny y Rodríguez (2014) presentan como imperativo de interpretación, el ejercicio de los jueces de implementar una perspectiva integradora haciendo uso de todas las herramientas de las que disponga. Así, en un primer momento, el juez integraría aquellos criterios interpretativos (gramatical, lógico, histórico sistémico). Luego, desde esta propuesta teórica sería necesaria la integración coherente de las herramientas de interpretación como un todo (Seguridad jurídica, legitimidad e imparcialidad). Finalmente, este funcionaría como un enfoque capaz de asir la complejidad de la realidad, en sociedades profundamente desiguales, pero con un modelo constitucional aspiracional, lo que sería una suerte de coherencia dinámica, es decir, capaz de tener cierta regularidad a lo largo de diferentes casos, pero reconociendo que la pretensión es lograr un importante grado de razonabilidad. Esto último es una de las principales fortalezas de la sentencia, pues parte de la consolidación del precedente jurisprudencial sobre el componente de justicia ambiental²⁷ de la constitución de 1991 y retoma el criterio geográfico de los impactos, “*el área de influencia directa del proyecto, obra o actividad*” (Sentencia SU-123 de 2018. Parr. 12.6), con la preponderancia de la afectación directa. Este enfoque da cuenta del contenido material de la justicia ambiental, enfocada no solo en la interpretación abstracta de una categoría, sino en su comprensión e interacción orgánica con todas las instituciones implicadas en su materialización, dando cuenta de los costos negativos de las actividades que explotan recursos naturales, como criterio de interpretación.

La capacidad de poner en interacción no solo las instituciones encargadas de la implementación de una decisión judicial, sino de consolidar un dialogo horizontal, como base de una democracia solida, es la propuesta presentada por Roberto Gargarella, denominada constitucionalismo dialógico. Esta propuesta plantea el ejercicio de interpretación más allá de la decisión judicial, llevándolo al dialogo colectivo y poniendo a la etapa *ex post* de la decisión, como parte integral de la interpretación. En este sentido, Gargarella (2017) nos plantea algunos requisitos insoslayables del dialogo, entre los que vale la pena resaltar que no se restrinja a un espacio elitista, ni al formalismo del intercambio estéril de opiniones, ni a la voluntad de una de las partes y, mucho menos, que el dialogo reproduzca las desigualdades previas al mismo.

²⁷ Sentencias T-294 de 2014, SU-133 de 2017, SU-217 de 2017 y T-272 de 2017. (Sentencia SU-123 de 2018. Parr. 10.5).

Para dar efecto a los criterios señalados, la sentencia presenta como mecanismo inicial del componente dialógico la definición de un estándar de participación de la consulta previa diferenciando éste del criterio de participación comprendido en las audiencias de licencias ambientales, aunque éste reproduce algunos sesgos de los que han sido mencionados con anterioridad. En todo caso, esta diferencia permite establecer, *a priori*, el referente de garantía e implementación de las ordenes de la sentencia. En este sentido la sentencia identifica tres diferencias: a) mientras las audiencias de licencia ambiental son genéricas e indeterminadas, en la consulta previa, al ser un factor determinante la afectación directa, los intervinientes serán la autoridad tradicional de la comunidad afectada; b) en la consulta previa hay distintos momentos y la flexibilidad es considerable en los mismos, en el caso de la audiencia de licencias, para participar, mediante una solicitud e inscripción de los interesados; c) las medidas a tomar provienen de la deliberación y el dialogo en la consulta previa, mientras en las audiencias de licencia, el principal componente es informativo y no deliberativo (Sentencia SU-123 de 2018. Parr. 24.6-Tabla tipológica-).

La distinción planteada se fundamenta en el principio de proporcionalidad; he allí que la integración de los impactos y la afectación directa, busque debilitar las asimetrías de poder entre actores implicados, empero, como veremos enseguida, esta sentencia incorpora un componente dialógico adicional, donde el rol activo de la institucionalidad estatal es referente y garantía del dialogo.

Lo anterior puede ser identificado a lo largo de las ocho ordenes de la sentencia. Empero, puede ser resaltado el conjunto de mecanismo de la orden tercera, que hacen referencia a un limite temporal y otro procedimental. Se establecieron 2 plazos precisos: a) tres meses para adelantar el proceso de consulta con el pueblo Awá; y b) 6 meses como plazo máximo para establecer entre *“la comunidad Awá “La Cabaña”, el Consorcio Colombia Energy²⁸, la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonia -CORPOAMAZONÍA- y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA–, bajo la dirección del Ministerio del Interior”* (Sentencia SU-123 de 2018. Orden tercera), las

²⁸ Esta empresa ha sido señalada de vulneraciones al os derechos, no solo en el incumplimiento de la garantía de la consulta previa, sino también en temas de seguridad: <https://www.business-humanrights.org/es/empresas/consorcio-colombia-energy-joint-venture-vetra-group-petroamerica-oil-corp/>

medidas para mitigar, corregir, recuperar o restaurar los efectos de la actividad extractiva de hidrocarburos en el piedemonte amazónico. De igual forma, el procedimiento es claro, estableciendo dos objetivos: i) identificar impactos ambientales; y ii) proponer e implementar las medidas requeridas para prevenir y reparar. En los dos momentos, el dialogo es insoslayable. En la prevención, incluso en razón del principio de precaución, se abre la posibilidad de garantizar el derecho a decir ¡No! por parte de las comunidades. En el segundo caso, se crea un requisito de responsabilidad, propio de la diligencia debida que estará determinado en mayor o menor medida, por la calidad del enfoque preventivo.

Esto fue denominado en una sentencia posterior como “*método de interacción dialógica*” (Sentencia T-058 de 2021.Cap. C, Párr. 3), el cual establece como proceso concatenador entre las medidas necesarias para garantizar un derecho vulnerado y la institucional encargada de dichas medidas, un dialogo en distintos momentos, dando fuerza material y practica al principio de progresividad. En la Sentencia, objeto de análisis de este documento, se identifica una estrategia similar, en donde las medidas reparadoras específicas, construidas en consenso, deben contener las siguientes características:

...(i) fechas y plazos precisos que permitan hacer un seguimiento de las medidas de prevención, recomposición, mitigación, recuperación o restauración a implementar; (ii) prever mecanismos de control y evaluación, que faciliten el monitoreo sobre el avance de las alternativas y sus grados de cumplimiento ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa; y (iii) tener por objeto promover el derecho, de la comunidad Awá La Cabaña, a acceder y disponer de un ecosistema y de recursos naturales que permitan su subsistencia. (Sentencia SU-123 de 2018. Orden tercera, Parr. 2)

En consecuencia, el dialogo no es meramente formal y, aunque aun tiene sesgos como el de dialogo entre autoridades, lo cierto es que el componente dialógico se materializa en el contenido mismo de las medidas de remediación, las cuales abordaremos a continuación.

Dentro de los asuntos materiales de revisión que intenta abordar esta sentencia de unificación, la Corte se pregunta sobre el remedio judicial apropiado frente a la violación del derecho a la consulta previa, libre e informada. En tal sentido, el tribunal establece

como camino, la definición de “órdenes complejas” frente a problemas complejos, pues estos van en concordancia con la necesidad de superar las violaciones de los derechos sociales. Sin embargo, este tipo de ordenes, señala el alto tribunal, implican “*un seguimiento permanente o la adopción de nuevas determinaciones*”, *las que buscarían hacer efectivo “un acuerdo en el proceso de consulta ordenado en esta sentencia”*. “Sentencia SU-123 de 2018. Parr. 25.9-2).

2.4 La constitucionalización de barreras a los derechos humanos

Como se ha señalado existe un aparente acuerdo general sobre el carácter abierto y aspiracional de la constitución de 1991. Sobre el mismo se puede afirmar que si efectivamente esta es la naturaleza de la constitución colombiana, su apertura es un asunto propio de la deliberación pública y el ejercicio de la política. De igual forma, su carácter aspiracional obedece a una pretensión ligada a un proyecto político determinado, normalmente de corte liberal o incluso socialdemócrata, pero que eventualmente tendría que darse en escenarios de ejercicio del poder del estado por grupos conservadores.

Pero, podemos tomar la misma premisa para afirmar que al haber asumido elementos propios de una economía capitalista (Uprimny, 2012), estos tendrían mas relevancia y peso constitucional, constituyéndose en lo que podríamos denominar “*barreras a los derechos constitucionalizadas*”. Pero para caracterizar este concepto, primero debe ser diferenciado de la prohibición de regresividad y luego establecer cual es el marco regulatorio sobre la responsabilidad corporativa por violaciones a los derechos humanos en Colombia.

Courtis (2006) entiende la regresividad desde dos perspectivas. En primer lugar, relacionada con los resultados esperados de una determinada política pública: así, dicha política es regresiva si sus resultados empeoran las condiciones de las personas, tomando como punto de partida el momento en que es implementada. En segundo lugar, el autor hace referencia a la regresividad en la extensión de los derechos concedidos con ocasión de un desarrollo normativo determinado.

Por lo tanto, este concepto permite entender que, al ser Colombia signataria de la Convención American de Derechos humanos, se encuentra sujeta a los desarrollos propios

del sistema interamericano, como la del protocolo de San Salvador, el cual consagra en su artículo 5.1 que la progresividad implica un establecimiento paulatino de condiciones de materialización de derechos.

Por lo tanto, la Constitución Colombiana no legitima ninguna decisión pública que afecte derechos humanos o que este en detrimento de la dignidad humana. Esta perspectiva empata con la lectura sobre la revolución de derechos propia de la constitución realizada por autores como Jaramillo Pérez (2016). Para este autor, se pueden identificar algunos factores incluidos en la constitución de 1991, que permiten entender el por qué la consagración amplia de derechos ha superado la dimensión aspiracional, para irse materializando paulatinamente.

En primer lugar, al ser la paz un objetivo determinante de la constitución, ésta se convirtió en un referente de acción política, lo que ha hecho que diferentes grupos políticos convirtieran en su agenda de acción la materialización de la constitución; lo cual implica que las personas y en particular las personas defensoras de derechos humanos, hayan incluido en su agenda de acción, el recurso a acciones constitucionales como la tutela. En segundo lugar, existe una fuerte tradición de independencia judicial que se traduce en una amplia legitimidad de las decisiones judiciales. Articulado e este ultimo factor, en tercer lugar, la incorporación de la acción de amparo (acción de tutela) y de otras acciones constitucionales ha llevado a que problemas estructurales del país puedan ser judicializados y, en consecuencia, las cortes (principalmente la constitucional) aparecen como dinamizadores de la deliberación pública y la toma de decisiones. En cuarto lugar, el acceso a la justicia se simplificó considerablemente. Por ultimo, la inclusión del bloque de constitucionalidad de los artículos 93 y 94 donde se establece que los tratados internacionales de derechos humanos prevalecen en el orden interno.

Sin embargo, cuando evaluamos los avances sobre responsabilidad corporativa en materia de derechos humanos, el panorama colombiano no es tan esperanzador y se aparta de la revolución de derechos señalada. Un estudio reciente compilado por Humberto Cantú (2022) intentó hacer un mapeo general sobre la reparación en materia de empresas y derechos humanos en Suramérica, presentando para el caso colombiano, algunos resultados que no parecen estar en armonía con el enfoque aspiracional salvo por algunos avances en materia de diligencia debida.

Para el caso colombiano, los datos compilados por Cantú Rivera (2022) corresponden a la labor investigativa de diferentes profesionales del derecho²⁹ y cinco bloques temáticos: a) Diligencia debida en Derechos humanos; b) Responsabilidad civil extracontractual; c) Responsabilidad penal; d) Responsabilidad administrativa; y e) Mecanismo de protección constitucional. Estos permiten identificar aspectos fundamentales asociados a las instituciones que limitan el poder corporativo en el país. Además, dan cuenta de una tipología capaz de identificar los vacíos en la materia y, como propondremos más adelante, revelan las “barreras a los derechos constitucionalizadas”.

El primer bloque de regulaciones asociadas a la responsabilidad corporativa por violaciones a los derechos humanos está relacionado con la implementación en Colombia de marcos normativos que obliguen a los actores económicos a respetar los derechos humanos. En la revisión general señalada no se encuentra ninguna norma sobre el tema, pero se destaca como un desarrollo constitucional la denominada función social y ecológica de la propiedad³⁰. Esta formula se encuentra implícita en el artículo 58 de la constitución y se extiende a la empresa y su conducta en el artículo 333. De esta manera, la conducta empresarial se encuentra sometida a los principios fundamentales de la constitución, tales como el de solidaridad, el de la función social del Estado y su actividad económica e incluso el de protección de la diversidad biológica y cultural.

Para entender este estándar constitucional, los podríamos organizar en dos niveles de análisis. Por una parte, existen un conjunto de principios generales, pero de aplicación específica que establece los criterios de determinación del grado de vinculatoriedad de los derechos humanos frente a cualquier sector económico y sus agentes (estatales y privados). Por otra parte, aparece el deber general de respetar la constitución y las leyes, el cual se atempera con una aproximación genérica de respeto a los derechos humanos,

²⁹ Marco Velásquez Ruiz, Carolina Olarte-Bácares, José Fernando Gómez Rojas Paula Camila Ronderos Galvis, Diana Yamile Rodríguez Niño, Erika Gilyry Velásquez Salinas, Antonio Guzmán Mutis y Paula Tarazona, de las Universidades Javeriana y del Rosario con sede en Bogotá.

³⁰ Debe afirmarse que la función social de la propiedad no es un desarrollo propio de la constitución de 1991, pues esta se introdujo en el marco constitucional colombiano con el acto legislativo 01 del 5 de agosto de 1936 que reformó la Constitución colombiana de 1886 y estableció en el artículo 10 que la propiedad privada sería plenamente garantizada pero que esta conlleva obligaciones las cuales facultan al Estado, para que pueda limitarla en aras de un interés colectivo (utilidad pública), por lo que la misma esta revestida de una “función social”.

entendidos como la obligación de respetar la ley. Para comprender dicha estructura regulatoria se propone el siguiente gráfico:

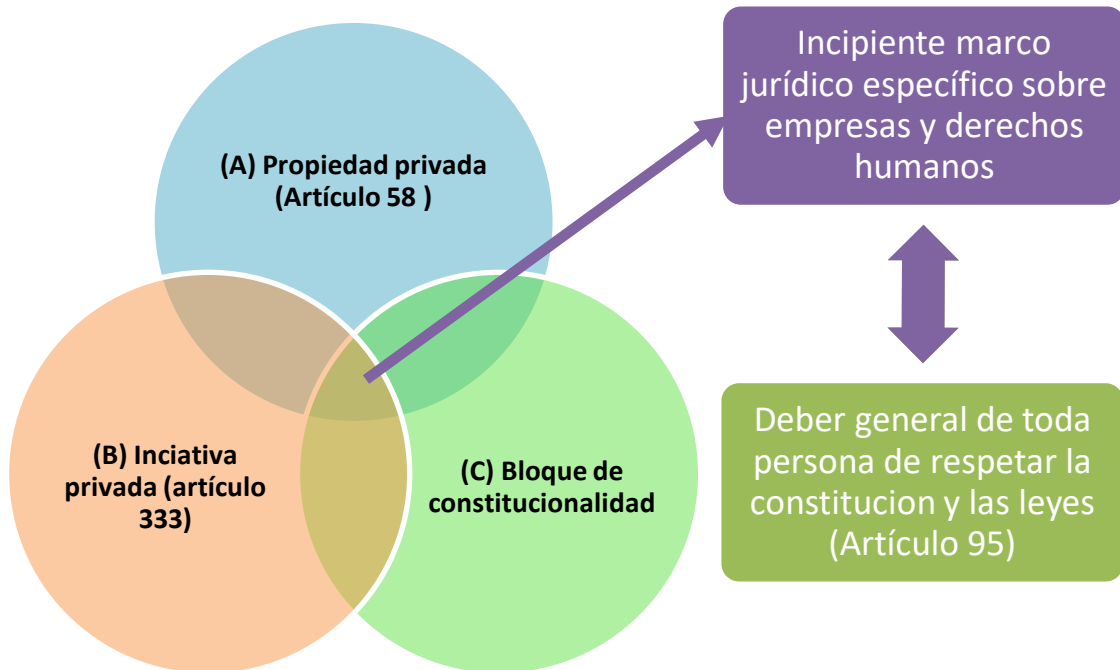


Ilustración 2. Estructura cosntitucional sobre regulación de actores económicos. Elaboración propia

El segundo bloque, hace referencia al escenario de la responsabilidad extracontractual. En el caso colombiano el Código civil (Ley 84 de 1873) contiene una clausula general de responsabilidad relativa a los daños antijurídicos (artículo 2356), aunque la jurisdicción civil conlleva una serie de particularidades para la justiciabilidad de los derechos en donde la carga de la prueba se encuentra en quien afirma un hecho ilícito, lo que se traduce en comunidades o individuos batallando ante empresas y bufetes de abogados en condiciones de asimetría innegables. En todo caso, existe un amplio desarrollo jurisprudencial sobre el tema, incluso declarando que las personas jurídicas, ante la inobservancia de criterios establecidos de manera cierta o científica, son directamente responsable del daño antijurídico.

De hecho, la responsabilidad civil extracontractual ha tenido algunos desarrollos asociados al concepto de debida diligencia, a través de la teoría de la responsabilidad organizacional, donde se establece que:

En la actividad empresarial contemporánea, un daño a un bien jurídico ajeno no sólo puede originarse como resultado de la ejecución de decisiones administrativas o del despliegue de conductas adoptadas por la cadena jerárquica, sino que puede deberse a falencias de planeación, de control, de organización, de coordinación, de disposición de recursos, de utilización de la tecnología, de flujos en la comunicación, de falta de políticas de prevención, entre otras variables... (Cantú rivera, 2022, p. 231).

Por ultimo, debe decirse que el derecho comercial prevé el denominado levantamiento del velo corporativo, que consiste en separar el patrimonio de la persona jurídica, del de una persona natural que funge como socio. Así, la ley 190 de 1995 establece esta figura frente a afectaciones a la moralidad de la administración pública o la ley 222 de 1995 que contiene disposiciones para proteger los intereses de los afectados, persiguiendo el patrimonio de los socios o incluso la potestad jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades para declarar la nulidad de una sociedad que esté involucrada en actos que violen la ley (Ley 1564 de 2012).

El tercer bloque hace referencia a la responsabilidad penal de personas jurídicas, que en Colombia no ha sido incorporada aún en la legislación vigente. Ahora bien, la legislación colombiana sí contempla la posibilidad de aplicar medidas accesorias como la cancelación de la personería jurídica (Artículo 65 de la ley 600 de 2000 y artículo 91 de la ley 906 de 2004), en casos donde se comentan delitos en un establecimiento, para garantizar que cesen los efectos de un determinado delito o cuando se afecta el patrimonio público:

Responsabilidad penal de personas jurídicas	
Posible sanción penal	No hay ninguna medida concreta, salvo el eventual levantamiento del velo corporativo (Materia civil). Se han declarado inexecutable algunos intentos tales como el artículo 68 de la ley 488 de 1988 y el artículo 26 de la ley 491 de 1999.
Otras sanciones	Todas aquellas que puedan limitar, suspender o dar por terminada una actividad económica que pueda asociarse a un hecho delictivo: cancelación del registro mercantil, suspensión intemporal o definitiva de una actividad o el cierre de un establecimiento.
Fuentes jurisprudenciales	Corte constitucional, Sentencias C-320 de 1998; C-843 de 1999; C-859 de 1999; y C-009 de 2013 Corte Suprema de justicia: Sal de casación penal SP16794-2014. Radicación N° 39070.

Tabla 4. Caracterización de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Elaboración propia

El ultimo bloque tiene que ver con los denominados mecanismo de protección constitucional donde se destaca la acción de tutela, que puede ser interpuesta para proteger un derecho frente a

personas (agentes privados), aunque debe decirse que este es un recurso subsidiario. Las otras dos acciones constitucionales que protegen derechos frente a empresas son la acción popular y de grupo. En la primera acción se busca que las autoridades públicas suspendan o den por terminadas actividades de actores privados que pueden generar daños antijurídicos. Por el contrario, las acciones de grupo pueden buscar el pago de indemnizaciones por dicho daño.

Luego de contextualizar el marco regulatorio colombiano de los actores económicos en materia de derechos humanos y de conceptualizar la prohibición de regresividad en materia de derechos humanos, es menester establecer qué se entiende en este trabajo por *“barreras a los derechos constitucionalizados”*.

Se puede establecer que una barrera es toda aquella institución, norma, mecanismo o dispositivo institucional que por sus características afecta la materialización de los derechos; pero esta es claramente una afirmación de Perogrullo, pues reconoce un punto de vista incontrovertible, la existencia y reconocimiento de un conjunto amplio de derechos, que en el caso colombiano no es taxativo.

Por esta razón, es necesario retomar el planteamiento de Pisarello (2011) sobre los elementos aristocráticos y oligárquicos de las constituciones mixtas, para caracterizar lo que sería una barrera constitucionalizada, la cual se podría identificar como todo principio o institución que coadyuva *“la consolidación de un entramado institucional opaco, inarticulado y escasamente democrático, especialmente vulnerable a la presión de los grandes lobbies privados”* (Pisarello. 2011, P. 178)

Entonces, se puede hablar de barreras constitucionalizadas cuando la propia constitución estableció instituciones que han sido instrumentalizadas para frenar la revolución de derechos proclamada desde 1991. Existen tres instituciones jurídicas que operan como barreras: la seguridad jurídica, la utilidad pública y el estado de cosas inconstitucional, y que plantean desafíos fundamentales para la regulación de actores económicos y para el desarrollo del campo de las empresas y los derechos humanos en el contexto constitucional colombiano.

2.4.1 Seguridad jurídica: Derechos humanos e inversión extranjera

Si se pudiera dar un concepto corto sobre el significado de la seguridad jurídica derivada de un modelo constitucional, se dirá que esta hace referencia a la idea de garantía de

certeza. Por lo tanto, lo que se deriva de la misma es que toda conducta regulada por la normatividad vigente, debe ser suficiente para persuadir a las personas de actuar en concordancia, de tal suerte que, lo no regulado no estará prohibido.

En el contexto jurídico colombiano, tal como lo ratifico la Corte Constitucional en la sentencia T-502 de 2002, dicho principio se desprende del preámbulo de la constitución y queda constitucionalizado mediante los artículos que van del 1 al 6 de la Constitución de 1991, por lo que se entiende este principio, junto al de legalidad, como referentes interpretativos, de construcción normativa y de toma de decisiones del Estado, sobre los cuales se construye la legitimidad de la actuación estatal.

Por lo tanto, la seguridad jurídica tal como señala Peces-Barba (2010) es un principio interno del ordenamiento jurídico en tanto valor del sistema y su aplicación debe entenderse de manera general, pues es consecuencia e impulso del sistema jurídico. En este orden de ideas, la seguridad jurídica tiene dos facetas de origen. Por una parte, representa la garantía de que el poder político no se entrometa en la vida de las personas y también representa que, en la dimensión social del Estado, este último entienda la seguridad jurídica en términos de satisfacción de necesidades básicas como forma de prevención de la conflictividad.

Por lo anterior, Peces-Barba (2010) propone el siguiente esquema para comprender el principio en mención, señalando que la interacción entre las categorías planteadas por el autor, permiten identificar su complejidad y para el caso de este documento, la asimetría que genera la interpretación del principio de seguridad jurídica frente a la conducta de actores económicos:

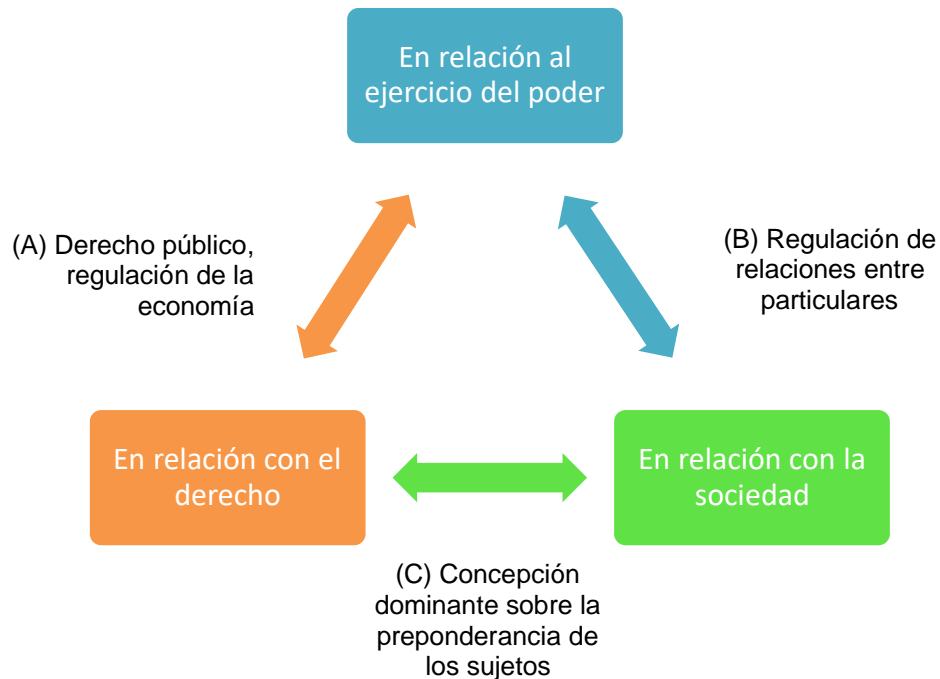


Ilustración 3. Principio de seguridad y asimetrías de implementación. Elaboración propia con base en Peces-Barba (2010)

Retomando esta propuesta de Peces-Barba, en relación con el poder, la seguridad jurídica abarca la pregunta sobre cómo es ejercido éste, siendo el Estado su principal sujeto de reflexión. Remite a una serie de instituciones, principios y criterios que dan cuenta del origen del poder, lo que se traduce en la legitimidad del ejercicio del mismo, que en un estado de derecho está sujeto a la ley y por lo tanto estaría refiriendo a la legitimidad de quién y cómo legisla para ejercer dicho poder. También refiere a la forma como es ejercido el poder, sistémicamente hablado en su dimensión interna, es decir “entre el poder y el derecho” en la cual se pueden encontrar “...los principios de separación de poderes, el de mayorías y” la capacidad de “limitar el poder por seguridad jurídica” (Peces-Barba, 2010. P. 154). Por último, frente a los derechos, la seguridad jurídica y el ejercicio del poder se expresan principios como el de *non bis in ídem* y las demás garantías procesales que protegen a las personas contra los abusos de poder estatal.

La segunda categoría plantea la relación entre el Poder y el Derecho, la cual permite a la idea de “seguridad frente a la arbitrariedad” (Peces-Barba, 2010. p. 155) y, por tanto, al conjunto de normas que garantiza, la certeza y la previsibilidad frente a la posible aplicación discrecional de la ley en diferentes aspectos: protección de ciertos intereses ante posibles conflictos entre particulares, a la forma cómo de derogar y crear normas o

incluso a la jerarquía entre éstas, remitiendo así a otros principios como al de responsabilidad estatal.

Finalmente, el poder frente a la sociedad plantea preguntas centrales sobre la legitimidad de existencia de un Estado. En el caso particular del Estado Social de Derecho, la seguridad jurídica supone una expectativa: que las acciones del poder político estarán encaminadas a garantizar la paz social, la superación de condiciones humillantes y deshumanizantes o incluso el “amparo frente a la desesperanza” (Peces-Barba, 2010. P. 157). En un esquema como el mencionado, nada garantiza más la seguridad jurídica que la búsqueda del bienestar colectivo como dimensión preventiva de la conflictividad social.

Si bien el esquema planteado permite entender las relaciones del Estado como principal escenario y actor del poder, solo la relación entre las categorías propuestas por Peces-Barba puede dar cuenta de qué ocurre cuando el poder es ejercido por un actor privado y cómo la seguridad jurídica varía su naturaleza. En este sentido, tal como se muestra en la ilustración 3, es necesario entender tres relaciones que alteran la lógica planteada sobre la seguridad jurídica:

(A) *Derecho público y regulación de la economía*: Existe una presunción infundada promovida por tecnócratas e ideólogos (quienes públicamente se hacen llamar economistas), que plantea la eficiencia de la economía como un momento anterior a la regulación del Estado, en donde al presentarse su ineficiencia, el Estado actúa como agente corrector. Esta es la lógica que subyace a la idea de libertades positivas y negativas. En este orden de ideas, se asume que los actores económicos carecen del poder suficiente para disputar la autoridad del Estado. Además, implica que garantizar la mínima intromisión del Estado en los asuntos privados es en sí mismo un fin absoluto y, por lo tanto, cualquier regulación orientada a ese propósito se entenderá como orientada de mejor manera hacia los fines del Estado y la Constitución.

(B) *Regulación de relaciones entre particulares como iguales*: para entenderla, el principio de igualdad material es esencial. Como se señaló, se espera que la seguridad jurídica abogue no solo por la igualdad entre las personas más allá del la formula clásica “ante la ley”; y entonces, lo que subyace es la presunción de

ausencia de asimetrías entre, por ejemplo, personas naturales y jurídicas o entre empresas y comunidades. Así las cosas, en lo procesal, no existen mecanismos que faciliten el acceso diferenciado a la justicia para una comunidad, *vis-à-vis* una empresa y por el contrario, la carga de la prueba aparece inamovible o incluso la idea de “igualdad de armas”. Parece que las acciones de incidencia de las comunidades tuvieran el mismo alcance que las actividades de lobby de un sector económico.

(C) *Concepción dominante sobre la preponderancia de los sujetos*: la cultura es fundamental para comprender el alcance de las normas, los límites a aquellos y por qué un determinado derecho no se materializa aunque este garantizado formalmente en la constitución. La historia de Colombia, marcada por el gamonalismo, la figura del patrón asociada al narcotráfico y la imposición hegemónica del modelo neoliberal, trajo como resultado la idea de un ciudadano superior a los demás: el empresario. Esto se evidencia en la forma como se entiende la iniciativa privada y la supuesta bondad *ad infinitum* de sus acciones. De hecho, en países con altos niveles de desigualdad, la figura del empresario aparece como la de un sujeto política y económicamente más legitimado que la mayoría, por lo que no se establecen límites claros a su ejercicio del poder.

Las tres relaciones propuestas explican las asimetrías de poder (Ver Sub-acápito 1.3.1) que se acentúan cuando incluimos una cuarta categoría de análisis: el debilitamiento del modelo constitucional por parte del derecho internacional.

La asimetría entre empresas y Estados en el arbitraje, es el escenario por excelencia para analizar las paradojas de la seguridad jurídica. Instituciones como la cámara de Comercio internacional con sede en París ICC adscrita a la OMC, o el Centro *Internacional* de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones (CIADI) adscrito al Banco mundial, consolidaron un acuerdo de colaboración que integra los dos escenarios de disputa de diferendos, sean estos en escenarios de inversión o de incumplimiento contractual, y en los cuales las cláusulas arbitrales con las cuales los estados renuncian a su jurisdicción, pueden ser disputadas.

En tal contexto, el caso de la Drummond contra Ferrovías no es aislado y hace parte de un conjunto de litigios arbitrales que las multinacionales elevan contra pequeños competidores o contra Estados; y en los cuales tienen todas las ventajas, partiendo de la inoperancia intencionada de quienes ejercen la defensa jurídica de Estados como el colombiano, precisamente porque su acceso a estos espacios esta acompañado de la famosa puerta giratoria, pasando del sector publico al privado a conveniencia.

Pero lo que más llama la atención es el gran numero de demandas que tienen que enfrentar los Estados y los principales argumentos. Al respecto Moore & Pérez (2019) han presentado un mapeo para América latina, de los principales demandantes contra Estados ante el CIADI, la ICC y otras instituciones de arbitraje internacional, identificando al sector petrolero, minero y del carbón, como el que más tiene demandas con cerca del 24% de acciones incoadas.

Para Colombia esta situación es más compleja pues, en la actualidad, se enfrenta a litigios que superan los 34.000 millones de dólares³¹. El común denominador de estas demandas es una alegada pérdida de ganancia y de oportunidad, en razón de decisiones que protegen territorios indígenas o el ambiente³² (Moore & Pérez. 2019. Pág. 7). Lo paradójico de esta situación es que, al renunciar al ejercicio de su jurisdicción, los Estados permiten que estas multinacionales pueden evadir la justicia en los países donde desarrollan sus operaciones, lo que se traducen en demandas contra los Estados en *“tribunales de arbitraje supranacionales compuestos por abogados comerciales que se reúnen mayormente en secreto y sin testigos”* (Moore & Pérez. 2019. Pág. 19).

El tribunal de arbitraje al que más se recurre es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) se presenta como otra opción. Los tribunales dictaminan sobre demandas relativas a vulneraciones de las protecciones de inversionistas consagradas en una gran variedad de acuerdos legales,

³¹ 18.000 millones de dólares ante el CIADI y sus aliados (i.e la ICC) y 16.000 millones de dolares ante la comisión de naciones unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

³² Un caso icónico es el da la minera Cosigo Resources contra Colombia, por un monto que asciende a 16.000 millones de dólares, presentada ante la comisión de naciones unidas para el Derecho Mercantil Internacional: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/demanda-contra-colombia-por-us16000-millones-esta-inactiva-2571819>

incluyendo miles de tratados de comercio y de inversión. Si bien estas protecciones varían hasta cierto punto en términos generales son similares. A continuación, se describen algunas de las más comunes:



Ilustración 4. Demandas contra Colombia ante el CIADI. Elaboración propia con base en Moore y Pérez (2019)

Las demandas de protección solicitan que se reconozcan varias obligaciones de los Estados hacia los actores empresariales. En primer lugar, la protección de las inversiones que sería afectadas por aquellas decisiones asociadas a la expropiación indirecta hecha en virtud de la ley y con previa compensación. Sin embargo, una de las clausulas recurrentes en los tratados de libre comercio, especifica criterios muy exigentes de permisividad de esta acción administrativa, incluso si existiera previamente, sobre las inversiones cubiertas, total o parcialmente, por dicho tratado. Así, el TLC Colombia-Estados Unidos, en el anexo 811, establece criterios como la estricta necesidad, la no contradicción con las denominadas "expectativas distinguibles y razonables" o la obligatoriedad de determinar el impacto económico antes de hacer la expropiación.

En segundo lugar, las empresas alegaron que los Estados las dejaron en total desprotección por el incumplimiento de la denominada cláusula de plena protección y seguridad, en tanto no tomaron medidas preventivas frente a daños físicos y legales cometidos por el Estado o terceros. Esta cláusula obliga a los Estados, a tomar todas las medidas necesarias para proteger las inversiones empresariales incluso mediante métodos represivos de la protesta social, o la judicialización a quienes se oponen a proyectos que afectan su territorio.

En tercer lugar, las empresas consideraron que el trato hacia ellas no fue justo ni equitativo. La perversidad de esta cláusula radica en la negación de las asimetrías de poder en las relaciones económicas, al punto que cualquier mediada de discriminación positiva en favor de colectivos históricamente excluidos, podría considerarse como infractora de dicha cláusula.

2.4.2 La cláusula de lo absoluto: La declaratoria de utilidad pública

En el año de 1997, la Agencia Canadiense para el Desarrollo y el Canadian Energy Research Institute constituyeron una alianza que tenía como propósito prestar asistencia técnica, jurídica y financiera, en la tarea de actualizar el código minero colombiano, con base en las nuevas dinámicas de mercado. Así las cosas, pusieron a disposición del estado colombiano, con base en el principio de reciprocidad diplomática, su capacidad técnica y jurídica para dicha tarea, siendo la embajada de Canadá el epicentro. El proyecto de cooperación para la reforma del código afirma de manera categórica que: *"Las empresas canadienses del sector energético y minero con intereses en Colombia se beneficiarán del desarrollo de un entorno operativo estable, coherente y familiar en esta economía en desarrollo rica en recursos"*.

Empero, esta "desinteresada cooperación" tiene un trasfondo real: la conocida diplomacia canadiense en favor de sus compañías mineras. Esto se puede deducir de dos conductas empresariales claras: en primer lugar, Greystar Resources Ltd se retira en 1990 de Colombia asegurando que las condiciones de exploración de oro no le eran favorables y que consideraban nunca más invertirían en Colombia. Sin embargo, mientras la propuesta

de reforma al código de minas deambulaba por los pasillos del congreso, de manera soterrada, la empresa mencionada apoyaba el desarrollo de dicha propuesta, y reaparecía en el 2003, reclamando le restituyeran los títulos mineros que otrora le habían sido concedidos. Pro ultimo, gracias al TLC Canadá-Colombia, finalmente la empresa retoma sus operaciones en 2010.

El segundo hecho es la alianza entre AngloGold Ashanti Ltd y Bema Gold Corp consolidada entre 2002-2004, con el propósito de hacer exploraciones conjuntas en un país que había sido descartado de sus operaciones: Colombia³³.

Sin embargo, aparte de la no muy honesta intervención de Canadá en el borrador de reforma al código, llama la atención la tergiversación de una institución construida para garantizar el bien común frente a particulares. La cual a partir de ese código construye una herramienta para despojar a campesinos de su territorio: *las declaratorias de utilidad pública*.

Declaratorias de utilidad pública es un instrumento de planeación y gestión del territorio y de recursos estatales que se encuentra en el artículo 58, así:

“Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica [...]Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa.

Entonces, el proyecto de Código de Minas mencionado, introdujo la posibilidad de declarar las actividades como de utilidad pública, al tiempo que reforzó las herramientas de política pública (ver cuadro):

³³ <https://archive.macleans.ca/article/2006/7/1/cida-goes-for-the-gold>

Proyectos de interés Nacional (PIN)	Proyectos de interés Nacional estratégico (PINES)	Áreas estratégicas mineras	Plan nacional de desarrollo minero
Aumento de productividad, competitividad y capacidad exportadora a través de una estrategia de celeridad en favor de la inversión.	Conpes 3762 del 2013 “Lineamientos de política para el desarrollo de PINE, reduciendo obstáculos e inversión”	Se definieron 20 millones de hectáreas para 516 bloques mineros, desde el nivel central. Se busca promover la minería en el Ordenamiento territorial.	Va dirigido a generar mejores condiciones financieras y tributarias a Empresas nacionales y transnacionales
Denominador común de estas instituciones e instrumentos de política pública: superación de las “dificultades” de inversionistas.			

Tabla 5. Políticas públicas y modelo minero-energético. Elaboración propia

Ahora bien, en el año 2015, durante la aprobación del plan Nacional de desarrollo (Ley 1753 de 2015), se permitió inicialmente declarar actividades mineras como de utilidad pública, al ser ratificada en el plan de desarrollo mencionado. Sin embargo, sólo este punto fue declarado inconstitucional, pero no la totalidad de criterios relativos a la declaratoria de utilidad pública (Sentencia C-035), por lo que los derechos de las víctimas quedaron en un relativo limbo, ya que se dejó abierta, para la minería, la posibilidad de declarar de utilidad pública, zonas del territorio, que el Estado podría comprar (por expropiación) o usar aún después de haber sido restituído a una víctima de desplazamiento.

2.4.3 El modelo económico y el estado de cosas inconstitucional en Colombia

Antes de abordar sus aspectos conceptuales, debe decirse que el estado de cosas inconstitucional (ECI) no es otra cosa que una declaración judicial del fracaso estatal en la materialización de los fines del Estado Social de Derecho. Esta declaratoria se inscribe en el escenario del activismo judicial, dando fuerza a las decisiones judiciales, en lo que se ha denominado *sentencias estructurales*. Como señalan Sarmiento Erazo, Llorente y Martínez Hernández:

“a través de la declaratoria de esta figura y de las subsecuentes medidas adoptadas por la Corte en cada caso –generalmente con implicaciones económicas–, se pretende

buscar una solución estructural a situaciones de hecho caracterizadas por la ausencia de políticas públicas eficientes o la falta de articulación institucional para responder a un cierto estado de cosas contrarias a la Constitución y que terminan lesionando de forma reiterada y generalizada los derechos fundamentales de un amplio número de personas” (Sarmiento Erazo, Llorente y Martínez Hernández, 2022, P. 307)

Los autores señalados señalan que este tipo de decisiones fueron proferidas hasta el año 2005. Tuvieron que pasar once años para que la Corte Constitucional comenzara con una nueva generación de decisiones estructurales ligadas al ECI orientadas “*a la solución de las violaciones sistemáticas y masivas de derechos fundamentales de generaciones futuras, que tienen su origen directo en conflictos ambientales*” (Sarmiento Erazo, Llorente y Martínez Hernández, 2022, P. 311). Algunas de esas decisiones tienen que ver con la declaratoria de nuevos sujetos de derecho.

Como la conflictividad ambiental acapara los nuevos escenarios del ECI, se puede afirmar que en el trasfondo de la discusión se encuentra el modelo económico. Esta es una diferencia sustancial con la anterior generación de sentencias, enfocada en la necesidad de la redistribución, pero desde la perspectiva del reconocimiento de sujetos sociales históricamente excluidos.

Para entender de manera precisa la diferencia, la sentencia T-302 de 2017 donde la Corte constitucional declaró la sistemática y generalizada violación a los derechos de niñas y niños Wayuu en la Guajira Colombiana, pone de presente la dificultad estructural que enfrentan estas decisiones, no cuando intentan redistribuir la riqueza, sino al regular una actividad económica destructiva para el ambiente y los derechos humanos: la extracción de carbón.

La sentencia reconoce las pretensiones de los demandantes y otras partes interesadas³⁴ sobre los impactos de la extracción de carbón en el acceso al agua y la garantía de este derecho. De hecho, se señala que los impactos generados son de gran alcance, razón por la cual se ordenó un estudio detallado e independiente para identificar la correlación

³⁴ Niños y niñas wayuu, Instituto colombiano de Antropología e Historia -ICAHN-, y Dejusticia

extractivismo carbonífero y disposición de recursos hídricos. Sin embargo, como señala el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo:

“A 2022, esta orden no se ha cumplido, lo que reitera la negligencia estatal en generar información confiable para adoptar las medidas adecuadas sobre la amenaza al derecho fundamental al agua asociada a la extracción de carbón a cielo abierto que se ha advertido desde hace tantas décadas en La Guajira” (Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, 2022, P. 54)

El estado general de incumplimiento puede obedecer a que el conjunto de medidas implementadas para el cumplimiento de la sentencia T-302 de 2017 obedecen más a proyectos pilotos y a medidas focalizadas (en algunos municipios o con algunas rancherías³⁵) sin dirigirse a los problemas estructurales. De hecho, en ninguna de las medidas se menciona la regulación del carbón, la implementación del principio de precaución hasta tanto no se pueda desvincular la extracción minera de la escasez de agua o incluso un involucramiento mayor de empresas como Cerrejón, más allá del lavado de imagen propio de la responsabilidad social empresarial que hace la empresa a través de la Fundación Cerrejón.

La situación señalada fue corroborada en noviembre de 2022, por la Relatoría Especial de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) que, en cabeza de Soledad García Muñoz, visitó la Guajira como observadora de la implementación de la sentencia T-302 de 2017³⁶. Aunque la REDESCA reconoce los intentos de implementación también señala la excesiva focalización de las medidas y su carácter REDESCA puramente coyuntural. En cuanto a los estándares en materia de empresas y derechos humanos, la REDESCA reconoce dos sectores sobre los que se tiene que desarrollar mayor regulación y exigibilidad de derechos: sector de combustibles fósiles (carbón, petróleo y gas), y de energías limpias (eólicas). La REDESCA reporta que ha recibido denuncias de desplazamientos asociados a proyectos de empresas, obstáculos al derecho a la información y a la participación, así como agravadas afectaciones del derecho al territorio.

³⁵ La sociedad Wayuu se organiza de forma clanil y matrilineal, por lo que el núcleo central de su estructura política económica, son las unidades familiares organizadas en forma de rancherías.

³⁶ Visita a Colombia: REDESCA observa serios desafíos para la garantía de los DESCAs en La Guajira. Disponible en: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2022/265.asp>

Capítulo 3: Escenarios en disputa

A pesar de la promesa de justicia que representan los derechos humanos, sigue existiendo una matriz de trasfondo que hace de estos, un instrumento más de dominación, expresado en su materialización a conveniencia de los actores de poder. Ante esta disyuntiva, De Sousa Santos (2011) se pregunta si es posible realizar la pretensión de los derechos humanos por llenar los vacíos propios de las promesas rotas de un modelo capitalista que promete beneficios para todas, sólo cuando la riqueza de algunos, desborde el vaso. Aquel escenario de posibilidad puede considerarse como plausible en la medida que los “derechos humanos pueden ponerse al servicio de una política progresista, emancipadora” (De Sousa Santos. 2011. p. 63).

Como se analizó en el capítulo 1, entender las asimetrías de poder da cuenta de una tensión latente propia de los derechos humanos, según la cual estos son mecanismo para superar situaciones de injusticia en el presente, con aspiraciones de cambio hacia el futuro. Esta tensión es denominada por De Sousa Santos (2011) como tensión entre la regulación social y la emancipación social. Este escenario, como señala el autor mencionado, ha traído luego de la imposición hegemónica del neoliberalismo, el desdibujamiento de las posibilidades emancipatorias ante la debilidad o la insuficiencia de la regulación social, tergiversando el potencial emancipador de los derechos humanos. Desde esta perspectiva los derechos no son “*compatibles con las grandes asimetrías de poder y los ve como un medio, entre muchos otros flexibles, para conseguir el empoderamiento de la sociedad*” (Jochnick. 2018. Pp 195).

En este orden de ideas, puede afirmarse que la discusión sobre la regulación de actores económicos se mantiene vigente, verbigracia los desafíos que implica buscar mecanismos de exigibilidad de derechos humanos a empresas. Sin embargo, persisten algunas falsas presunciones que operan como obstáculos a los derechos.

En primer lugar, se presume que todo actor económico es autopoietico, capaz de generar la información y reflexión suficiente para determinar qué viola o que no viola un derecho. En este sentido, será la empresa la que diga que es un riesgo, garantizando escenarios de participación y diálogo, pero en este sentido podríamos preguntarnos ¿acaso asume el actor económico el rol del Estado? En segundo lugar, se mantiene una idea de experto en derechos humanos, en este sentido la reflexión sobre su materialización no estará circunscrita a la propuesta más omnicompreensiva y garantista, sino a la legitimada en un “mercado de saberes” y en consecuencia en un monopolio de una única forma de saber: *el académico*.

Además de las presunciones señaladas, De Sousa Santos (2011) identifica una tensión fundamental: *la relación dialéctica entre Estado y sociedad civil*³⁷ (p. 65). En este escenario de tensión, los derechos humanos representan un conjunto de contradicciones propias de una lectura homogenizante de los mismos. Por una parte, sigue persistiendo una lectura simplista, según la cual existen generaciones de derechos y, en consecuencia, niveles de justiciabilidad. Esto genera que los denominados DESCAs, estén más circunscritos a la idea de promesa hacia el futuro, mientras que los civiles y políticos son tomados como hechos, como restricciones a los abusos de poder estatal. Pero incluso esta lectura contrasta con una cada vez más pretendida reducción del Estado, haciéndonos preguntar: si ya no es solo el Estado el que debe garantizar derechos y ser limitado por los mismos, ¿Qué limita al poder corporativo?

Hasta la fecha, la idea dominante, al menos en los escenarios del derecho internacional público (ONU, SIDH, SADH, etc...), es el principio según el cual, los actores económicos son lo suficientemente “racionales” para autorregularse. Por esta razón, una segunda reflexión a extraer de la intersección entre las tensiones planteadas por De Sousa Santos y la diligencia debida como principio es: *es suficiente dejar la responsabilidad de determinar un riesgo al que lo genera o se necesita una contraparte igualmente legitimada*

³⁷ Valdría la pena en este sentido, retomar la reflexión hegeliana sobre el amo y el esclavo, para hacernos algunas preguntas: si amo y esclavo buscan la libertad ¿Puede el Estado ser un sujeto libre de la ciudadanía? ¿Es acaso la categoría “sociedad civil” una forma de homogenizar las divergencias sociales en una única forma de ciudadanía? Y si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, ¿puede existir una ciudadanía generadora de libertad?

para hablar desde las consecuencias de dichos riesgos. Por lo pronto, el discurso de la gestión de riesgo sigue dominando y banalizando los impactos en los derechos humanos como un ejercicio de evolución de riesgos y costos.

En tercer lugar, como se afirmó anteriormente, existe una tensión entre Estado-nación y globalización, lo que autoras como Nancy Fraser ha denominado “el estado postwesfaliano”. Esta tensión es fundamental para entender las posibilidades de materialización de los derechos humanos, puesto que uno de los grandes límites para de la denominada responsabilidad corporativa es el principio de extraterritorialidad, en donde los Estados, legitimados para la garantía de los derechos humanos y vinculados a estos no sólo mediante la idea de garantizar sociedades democráticas, sino también por un creciente marco de derechos internacionales que les vincula, se enfrenta a un segundo escenario jurídico con igual o mayor fuerza vinculante: las relaciones mercantiles, clasificadas bajo el concepto jurídico-económico de *lex mercatoria*.

Paradójicamente, los Estados deben responder a los dos marcos jurídicos de referencia, dejando en medio de la tensión entre esto, un escenario de impunidad. Entonces, para comprender cómo se ha consolidado este escenario de impunidad entre la *lex mercatoria* y el derecho internacional de los derechos humanos, siendo este último un supuesto referente Universal, es preciso abordar los dos regímenes en razón de sus instrumentos y la fuerza vinculante de los mismos. Esta perspectiva de análisis puede entenderse como “arquitectura” de impunidad (Hernández Zubizarreta. 2009), la cual es creada mediante el ejercicio de un poder ampliamente acumulado por multinacionales y sus gobiernos, tanto en los países donde están basados como en los países donde desarrollan sus operaciones. Esto garantiza una casi total impunidad en la comisión de los crímenes, que hace parte de la operación “normal” de cualquier compañía multinacional. Esa “arquitectura”, tiene dos pilares:

- a) Establecer escenarios de acceso a la justicia más favorables en razón de su proximidad con la ley mercantil o con el derecho internacional de los derechos humanos.
- b) El alcance de los principales instrumentos jurídicos de los dos regímenes, para la exigibilidad de derechos.

Lo señalado toma relevancia inusitada, pues en materia de derechos humanos, el panorama de cumplimiento es deficitario, mientras que en materia comercial reina la eficiencia. El problema con ello es que no se puede promover una equidad económica y social si los derechos humanos se convierten en un azar y el derecho mercantil en un encofetado, pero eficaz producto de las elucubraciones de juristas altamente tecnificados, pero esencialmente deshumanizados. Esta lectura pone de presente, ya no la voluntariedad corporativa (un completo oxímoron si se tiene en cuenta que estamos hablando de personas jurídicas), sino su obligación *at infinitum* de prevenir impactos en los derechos humanos, es decir el de ser diligentes.

En consecuencia, pensarse un marco regulatorio sólido, con potencial de establecer criterios de vinculatoriedad y de reparación a las víctimas, es necesario dar lugar en la discusión a tres debates con el potencial de abrir las fronteras teórico-conceptuales sobre el tema y de potenciar el enfoque ecosistémico del campo de las empresas y los derechos humanos: a) Los debates entre extractivismo y democracia; b) Las dificultades de las asimetrías en la exigibilidad de derechos en escenarios judiciales; y c) los aportes teóricos y metodológicos que los debates sobre justicia transicional han consolidado.

3.1 Extractivismo y democracia ambiental

Como se señaló en el subcapítulo 1.1 una de las violencias estructurales que determinan la legitimidad del modelo económico, se ejerce contra la naturaleza. Ésta, relativa a la división internacional del trabajo asociada a las desigualdades estructurales entre países, pone a países del sur global y en particular a Colombia, en el escenario de extractivismo.

El extractivismo es un *“tipo entre varios posibles modos de apropiación de los recursos naturales. Son una variedad específica de múltiples formas de organizar ese primer paso en la interacción entre sociedad y naturaleza para desde ahí nutrir procesos productivos”* (Campanini, Gandarillas y Gudynas, 2019, pp.15-16). Por lo tanto, se trata de una forma de apropiación de recursos bajo altos niveles de intensidad y volúmenes. En este orden de ideas, éstas son actividades con efectos severos sobre el ambiente (es decir sobre los ecosistemas y las relaciones humanas que en ellos se desarrollan).

Precisamente, Campanini, Gandarillas y Gudynas (2019) plantean que, al tratarse una forma de apropiación de recursos extremadamente violenta, el extractivismo trae como consecuencia dos tipos de efectos. Los impactos locales suelen asociarse a la contaminación, la criminalización de personas defensoras o incluso las amenazas y asesinatos contra opositores a los proyectos extractivos. Los efectos derrame se asocian a cambios en el derecho, el concepto de justicia y en las políticas públicas. En el contexto colombiano, la declaratoria de utilidad pública de la minería es un ejemplo de efecto derrame. Con este hecho, casi cualquier protesta contra la minería queda deslegitimada, a lo que se suma la pérdida de fuerza vinculante de las consultas populares. Así, no existe ningún mecanismo democrático real para que una comunidad se pronuncie sobre un proyecto minero-extractivo determinado.

El conjunto de efectos señalados tiene como consecuencia el menoscabo de la materialización de múltiples derechos como a un ambiente sano, de participación, al territorio e incluso al desarrollo. Esto ocurre en asociación con múltiples formas de violencia, por lo que los autores hablan de *extrahecciones*, es decir “*apropiación de recursos naturales apelando a la violencia*” (Campanini, Gandarillas y Gudynas, 2019, P. 111). Entonces, se puede afirmar que la violencia del extractivismo es posible porque ésta ocurre en el conjunto de la sociedad, lo que se expresa en un debilitamiento constante del modelo democrático, como señalan los autores referenciados:

“cuando se excluyen o incumplen ciertos derechos se está fracturando aquel acuerdo político y, por ello, se lesiona inmediatamente a la democracia. Los derechos son uno de los principales factores que recubren de legitimidad al poder estatal, pero a la vez lo limitan. Es por eso que las violaciones de los derechos en los extractivismos no son únicamente problemas de unas pocas personas que enfrentan la contaminación de su territorio o de una comunidad rural en un sitio apartado del país. Esas injusticias también representan una pérdida de democracia que afecta a todos los ciudadanos” (Campanini, Gandarillas y Gudynas, 2019, P. 205).

Por esta razón las reflexiones propias de la democracia son relevantes para entender la intersección entre actores económicos, derechos humanos y superación de las formas de violencia que impiden la materialización de estos. Primero, porque el modelo constitucional colombiano establece como un criterio democrático, la realización del derecho a la participación. Segundo, porque este modelo constitucional da un componente ambiental a

la democracia, tanto en la declaración de protección a la biodiversidad, al reconocimiento expreso al derecho a un ambiente sano y, en general, a la dimensión ecológica de la constitución. Finalmente, Por el reconocimiento de la convención de Rio de 1992, la cual establece en el principio 10, la intersección entre participación, acceso a la información y toma de decisiones de asuntos públicos.

De hecho, como señala Rodríguez Garavito (2015), la democracia ambiental implica responder a dos preguntas: ¿Quiénes deben tomar decisiones en temas de alta complejidad? y ¿Qué sujetos de derechos deben ser protegidos? Estas preguntas nos remiten a la teoría del enmarque, definiendo así el *cómo* y los *sujetos* de la justicia. De hecho, se puede afirmar que *“la democracia ambiental se construye sobre un nuevo concepto de ciudadanía donde las personas tienen derechos, pero también deberes con la naturaleza y las generaciones futuras”*. (Muñoz Ávila y Senior Serrano, 2022, P. 62)

En este orden de ideas, si el contexto dominante de las economías primarizadas es el de establecer el modelo extractivo como principal fuente de ingresos, un modelo de democracia ambiental remite necesariamente a la identificación de las comunidades como sujetos fundamentales y una perspectiva integral de los derechos como forma de materializar un modelo de justicia coherente con la democracia.

Para que lo anterior sea posible, es necesario hacer una doble ruptura. En primer lugar, es vital superar las obtusa y vetusta clasificación generacional de los derechos y su relacionamiento con su posibilidad y nivel de exigibilidad; y segundo, la inclusión en la ecuación del modelo económico y la realización democrática, con la necesidad de promover un modelo de desarrollo sostenible. Las rupturas señaladas han comenzado a tomar lugar en la agenda pública global, a través de dos instrumentos: a) la declaración de Río de 1992, donde se reconoce a “la paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables” (Principio 25); y b) la Declaración y el Programa de Acción de Viena de 1993 aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos del mismo año, en donde se dice que “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí” (numeral 5).

Empero, esta postura sigue haciendo una tajante división entre naturaleza y seres humanos. Al respecto Mesa (2014) (2020) plantea una comprensión de los derechos no

sólo como normas sino también como procesos, los cuales ponen como escenario de referencia, la reivindicación de la dignidad humana, ahora ambiental, desde un enfoque situado. En este orden de ideas, una justicia completa, como lugar de realización de los derechos parte de incorporar “verdaderos límites al proceso productivo y de comercio desde el imperativo ambiental (Mesa, 2020, p.57). Para el autor mencionado, esta nueva teoría de los derechos, implica diferentes dimensiones, que supone romper los límites de los sujetos de derechos, su carácter procesual, su comprensión individual y colectiva, la imposibilidad de concebir un derecho excluyendo a otro (indivisibilidad) y una lectura histórica y culturalmente plural de estos.

Pero, en el contexto de las actividades empresariales y la regulación de la actividad económica del Estado, sigue siendo dominante una visión que reduce la búsqueda de la realización del bienestar general, al interés de actores cualificados capaces de generar riqueza para todos (efecto derrame): los actores económicos. De hecho, ante la incertidumbre de los impactos de alguna actividad económica, estos se suelen soslayar con la supuesta e incuestionable fórmula de: el beneficio será mayor que el sacrificio y en todo caso los negocios están protegidos por el principio de seguridad Jurídica.

Sin embargo, un campo en el que se deben buscar nuevas fórmulas e innovar en estrategias, es el de identificar los principios centrales de la realización de una democracia ambiental y garante de derechos. Uno de los principios que tendría el potencial de revertir la aplastante fuerza de la fórmula mencionada es el *principio de precaución*, el cual opera como un referente de regulación y articulación entre el modelo económico y la democracia ambiental y abre el camino para la materialización de escenarios de justicia más integrales, como la posible materialización del derecho al desarrollo como escenario de disputa y de revelación de las tensiones entre una de las expresiones del modelo económico y los derechos humanos.

El Principio de precaución, tiene su referente normativo internacional en el principio 15 de la declaración de Río de 1992 (Mesa, 20) y este tiene una doble dimensión, la obligación de proteger y la de prevenir. En este sentido, conlleva a una necesaria observancia de la certeza ante la eventualidad de un daño, para que sean tomadas medidas que mitiguen los impactos, pero, además, de no existir certeza, se activaría la dimensión precautoria, lo que se traduce en una obligación de no hacer. Este enfoque, teóricamente hablando, se

encuentra implícito en los artículos 8 (Protección diversidad cultural y biológica), 79 (Derecho a un ambiente sano), 80 (Planificación en el manejo de recursos naturales), 289 (La concepción de políticas desde la cooperación para el desarrollo) y 334 (el papel del Estado como regulador de la economía) de la Constitución de 1991. Pero, además, quedo integrado en el artículo 1 de la ley 99 de 1993. Su dialogo con la integralidad de los derechos parte de su ponderación dinámica y contextual, partiendo del reconocimiento de las particularidades territoriales y sociales de cada escenario de conflictividad ambiental.

En la actualidad se han dado importantes debates sobre este principio, integrado a su ponderación el concepto de poder. En particular puede destacarse la decisión del caso *Four Nigerian Farmers and Milieudefensie contra Shell* a cargo de la Corte de apelaciones de La Haya (2021), pues tomando como referente este principio, estableció un mayor nivel de rendición de cuentas corporativo frente a impactos ambientales, a través de dos instrumentos: a) La precaución debe leerse como obligación, por lo tanto, a mayor riesgo para los derechos de una actividad económica, mayor deben ser las medidas para prevenirlo (teoría del riesgo); y b) Cuanto más poder acumula un actor económico, mayor será su responsabilidad por los daños generados en el desarrollo de sus actividades económicas (rol cualificado de garante).

3.1.1 Lo local y lo nacional: el derecho a decidir

Existen patrones dominantes, propios de la modernidad occidental que por supuesto determinan aspectos centrales del modelo constitucional colombiano. Un concepto interesante para reflexionar sobre este tema, lo plantea el jurista alemán Peter Häberle, a través de su conceptualización de la constitución como cultura. Precisamente este autor nos dice que:

“La Constitución no es solamente un orden jurídico para juristas que ellos interpretan según viejas y nuevas reglas; ella tiene una eficacia esencial también como guía para los no juristas: para los ciudadanos. La Constitución no es solamente un texto jurídico ni tampoco una acumulación de normas superiores, es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas” (Häberle. 2002. Pp 194)

En este orden de ideas, Ardila Amaya (2018) nos invita a desentrañar, como lo expone Häberle, los fundamentos culturales de un modelo jurídico, que remiten en segundo lugar a identificar en el propio marco normativo la funcionalidad de cualquier principio (en este caso el de diligencia debida) y por último la dimensión política que incide en la forma como se recurre a dicho principio, pues como dice este autor:

“No puede entenderse cabalmente nuestro andamiaje institucional republicano si perdemos de vista que el poder nacional se configura mediante la articulación de los poderes locales, y desde ellos se subordina en el engranaje mundial de poder. Los sectores dominantes, con unas estructuras clasistas, racistas y patriarcales, muchas veces más acendradas que las heredadas de la Colonia, monopolizan el poder y no tienen interés alguno en incluir a las mayorías en el contrato social” (Ardila Amaya. 2018. Pp 61)

Por ello, cuando algunos autores como Uprimny (2012) plantean que nuestra constitución es aspiracional, parten de desconocer un hecho concreto: hay valores intrínsecos impresos en la denominada carta magna del 91, que refleja procesos históricos de violencia y exclusión. Por ello, aun cuando se proclaman derechos, estos no se materializan. En este sentido vale la pena preguntarse ¿Qué hay detrás de la dimensión económica de la CP de 1991? Pues pareciera que allí está el principal desafío para que los actores económicos asuman una debida diligencia como mandato obligatorio.

En el capítulo anterior abordamos las dinámicas de la *lex mercatoria* en su dimensión real y objetiva, es decir en el marco del estado postwesfaliano, donde las constituciones pasaron de ser referentes fundamentales que declaran una identidad histórico-política, a ser instrumentos de implementación al interior de los Estados, de dinámicas y relaciones internacionales, las cuales confieren mayor preponderancia al comercio que a los derechos humanos, o por lo menos lo entienden de manera fraccionada.

Por esta razón, analizaremos dos escenarios previos para abordar la posibilidad de una transformación estructural del derecho de participación: a) la captura corporativa del Estado; y c) la consolidación de instituciones estatales que generan profundas desigualdades y exclusiones, con el fin de favorecer a ciertos actores económicos, que al

final, cuando no son satisfechos sus intereses, llegan incluso a demandar al estado por sumas astronómicas, alegando pérdidas mientras se enriquecen cada día más.

El primer escenario que no podemos dejar de lado es el asociado a la captura corporativa del estado, fenómeno definido por la Relatoría Especial de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, en los siguientes términos:

“Por su parte, la injerencia indebida y poco transparente de agentes privados, en este caso empresas, y la captura de instituciones del Estado o la influencia indebida en los tomadores de decisiones públicas por parte de estas con el objeto de influenciar su comportamiento en beneficio e interés propio, además de debilitar los valores democráticos y el Estado de Derecho, también pueden llegar a influir decisivamente en el respeto y garantía de los derechos humanos, aumentar las brechas de desigualdad y pobreza, e incluso conformar actos ilícitos” (REDESCA. 2019. Parr 53)

La complejidad de este escenario se encuentra en que muchas de sus dimensiones ocurren en el escenario de la legalidad: cabildeo, litigio estratégico, financiación de campañas electorales, donación de infraestructura y equipamiento, acuerdos de colaboración entre fuerza pública y empresas, entre otras.

Incluso en el ámbito internacional, algunos de los escenarios de promoción de los derechos humanos, la democracia y el comercio internacional como las Naciones Unidas, dan reconocimiento y legitimidad a las empresas, similar al de los Estados. Ejemplo de ello se evidencia en: a) La Cámara de Comercio Internacional que tiene estatus de “Estado observador” desde 1920; b) La Patronal Mundial que agremia a grandes empleadores, principalmente de países del primer mundo, y ostenta el mismo estatus que las víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos; y c) El Consejo Empresarial para la Competitividad constituido en 2016, que tiene estatus consultivo.

De igual forma, algunos países son conocidos por utilizar su diplomacia en favor de las empresas que tienen su casa matriz en tales países. Un buen ejemplo de esta conducta puede identificarse en el denominado caso Blackfire. En 2008, Mariano Abarca Roblero, líder de la comunidad de Chicomuselo, Oaxaca-México, se opuso de manera contundente

contra la contaminación de manantiales, ríos y cuencas, la destrucción de sembradíos, el desplazamiento de pueblos, tierras estériles, aguas contaminadas, enfermedades y desolación, producto de los enormes tiraderos de desechos y químicos de la empresa Blackfire en su territorio.

Este activismo implicó que el gerente de relaciones públicas de Blackfire, Luis Antonio Flores Villatorao, presentara una denuncia en nombre de la empresa canadiense contra el Sr. Abarca por asociación delictiva, crimen organizado, ataque contra las vías de comunicación, daños a los bienes de propiedad de la empresa, quebrantamiento de la paz, la integridad física y el patrimonio de la comunidad y el Estado.

Esas acusaciones no detuvieron la oposición de la comunidad contra la mina Payback³⁸, y por ello, luego de fuertes protestas de los habitantes del Ejido Grecia³⁹, que acusaban a Blackfire de contaminar y despojarlos ilegalmente de sus tierras, la empresa suspendió sus operaciones en julio de 2008. Como la persecución judicial contra Abarca no funcionó, el 17 de agosto de 2009, el Sr. Abarca fue secuestrado ilegal y violentamente por la policía, estando desaparecido 10 días, hasta ser liberado. Lamentablemente el 27 de noviembre de ese mismo año Mariano Abarca fue asesinado.

Al año siguiente, nueve ONG canadienses, presentaron una denuncia ante la policía federal de Canadá, con el fin de investigar a Blackfire por violar la Ley de Corrupción de Autoridades Públicas Extranjeras de Canadá. En 2011, luego de un allanamiento, la policía encontró documentos en la oficina principal de Blackfire, que demostraban cómo Julio César Velázquez Calderón, alcalde de Chicomuselo, había recibido, por parte de la empresa, cerca de \$20.000 dólares canadienses. Tal como dijo Julio Velázquez: «para garantizar la paz y evitar que los miembros de la comunidad se opongan a la mina».

Empero, al tiempo que ocurrían dichos hallazgos, con características muy similares al caso Drummond que mencionamos en este documento, la compañía demandó al gobierno de Chiapas por \$800 millones de dólares en compensación por el cierre de su mina, haciendo

³⁸ De esta mina se extrae barita a cielo abierto.

³⁹ Los ejidos son una forma de propiedad comunal sobre la tierra. En este caso se hace referencia a una localidad ubicada en el municipio de Chicomuselo, Estado de Chiapas-México.

uso de las cláusulas contenidas en el Capítulo 11 del TLCAN (Tratado de Libre Comercio de América del Norte). Dicho proceso fue mucho más expedito, pues como lo demostraron tres ONG canadienses, la Embajada de Canadá contribuyó a encubrir las acciones de la empresa y sus directivos, promoviendo sobornos en México y tráfico de influencias en Canadá.

El segundo escenario hace referencia a un concepto desarrollado en el marco de políticas públicas en Chile y Argentina. Así pues, para impulsar la inversión extranjera, desde finales de los 80 se vienen impulsando estrategias de rezonificación territorial y cambios en el uso del suelo con el fin de establecer territorios que serían eximidos de la actividad extractiva, mientras que otros estarían disponibles para su recepción, todo lo cual remite claramente a la idea de territorios sacrificables o áreas de sacrificio.

En Colombia parece imposible pensar que la Constitución del Estado social de Derecho pueda integrar una institución de ordenamiento territorial con una capacidad de promover un alto nivel de desigualdad y exclusión. Sin embargo, como hemos sostenido y en contraposición a los planteamientos de autores como Uprimny (2012), no existen ni constituciones ni instituciones neutrales. Mientras el artículo 58 ratifica la octogenaria función social de la propiedad y le agrega un componente ecológico, el artículo 332 determina que “el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables” por lo que las comunidades quedan inmediatamente excluidas de poder decidir el destino de sus territorios.

Ahora, que el Estado sea propietario del subsuelo no debe tomarse como un instrumento del despojo en sí mismo. Lo que queremos señalar con este elemento, es que, así como el Estado puede desplegar un ejercicio soberano y promotor de derechos, también puede promover prácticas de despojo, imponiendo modelos extractivistas en regiones que incluso se han manifestado en contra de actividades mineras, petroleras o relacionadas con agronegocios. Esto es lo que Ardila Amaya (2018) denomina la cultura jurídica mitómana.

El estado de cosas presentado permite hacer una última precisión. El profesor Ardila Amaya nos ofrece un abordaje del modelo constitucional colombiano que toma en cuenta las contradicciones de la implantación, mediante la fuerza y posterior reinterpretación como forma de legitimación de las elites locales emergentes, de un concepto articulado que

presenta al Estado como el principal actor de realización de un modelo social aparentemente justo, basado en un modelo político concreto conocido como democracia.

Esta reflexión pone de presente que aun cuando todo actor económico debe ser diligente frente a los derechos humanos por su posición dominante en las relaciones de poder, el modelo colombiano trae consigo elementos estructurales que reflejan las contradicciones de un modelo impuesto que aún no logra sembrar sus raíces y que por el contrario se expresa en sus permanentes contradicciones, pues como dice Ardila Amaya (2018) “desde la época colonial, la clase dirigente desarrolló una obediencia selectiva de la ley española. De modo que, en sociedades altamente jerarquizadas y segregadas, el desacato de la ley por parte de los poderosos tenía muy altas posibilidades de prosperar: entre los españoles y sus descendientes, se generalizó la expresión se obedece pero no se cumple” (p.75).

Entonces, pensando en clave de transición, se puede afirmar que existe un derecho conexo al de desarrollo, que brinda potestad plena a las personas y comunidades afectadas directamente por cualquier proyecto extractivo, para poder decir ¡No! a la realización del mismo. Esta perspectiva, se diferencia de una postura anti todo, pues como se concluyó en el Thematic Social Forum on Mining & the Extractivist Economy de 2018:

...This claim to the right to say NO to extractive activities in our territories, is at the same time a clear YES. YES to other alternative ways of living in harmony with the rest of the web of life. YES to the right to decide how to live our own lives. YES to the recognition that nature cannot be conceived as a collection of so-called resources to be exploited at will in the search of (maximizing) profit. YES to valuing the work of subsistence and care over economic growth and profit. YES to production for use and not exchange. YES to valuing of indigenous identity, knowledge and perspectives. YES to a new sustainable economic order, sensitive to social and environmental justice [...] And YES, to reparations of the historical, ecological and social debt owed to the peoples of the South and which has gained new relevance through the concept of the climate debt... (Thematic Social Forum on Mining & the Extractivist Economy, Final Declaration, 2018)

Además, el derecho de participación tiene le potencial de dar contenido en materia de derechos humanos a los PR (Melish, 2017). De hecho, autores como Melish & Meidinger (2012) y Melish, (2017) plantean la inclusión de un cuarto pilar en los PR, el cual: *“would provide the structural foundation for the concrete elaboration of a series of cross-cutting*

(and expressively framed) GPs dedicated specifically to operationalizing a participatory role for civil society actors at each key stage of implementation” (Melish, 2017, P. 88). La participación fortalece la transparencia y la rendición de cuentas permitiendo que la “civil society stakeholders leverage to demand real change from corporations and allows them to seek mutually agreeable solutions” (Melish & Meidinger, 2012, P. 13)

3.1.2 El derecho al desarrollo o a los desarrollos

El desarrollo aparece como categoría de enunciación y referencia para entender lo que se ha denominado “la división internacional del trabajo y el capital”, concepto central en la economía que ha sido desarrollado por teóricos como Adam Smith, David Ricardo y John Stuart Mill, según el cual, en aras de una mayor eficiencia se debe diferenciar el conjunto de funciones productivas como garantía de una mayor cooperación del colectivo social. Por supuesto este ha sido un concepto cuestionado desde el inicio de su enunciación.

Precisamente, Marx estableció que dicha división correspondía a la necesidad inherente en el capitalismo de dividir las clases sociales y de someter a los trabajadores al dominio del capital. De hecho, la división internacional del trabajo refleja el estado del desarrollo de las fuerzas productivas entre los países, la cual varía, entre otras cosas, por fenómenos como la acumulación originaria o la historia colonialista de occidente (Engels & Marx, 1974). Por lo tanto, en el contexto actual de hegemonía capitalista, el desarrollo y la materialización de los derechos en un país está intrínsecamente vinculado a las regulaciones y relaciones en el campo internacional.

La discusión sobre el desarrollo tiene como telón de fondo la necesidad de generar una ruptura a sometimiento a una de las potencias que dominaron el planeta durante la denominada guerra fría (Trebilcock & Mota Prado, 2017). Así, en la conferencia de Bandung de 1955 por primera vez se plantea como discusión, la búsqueda de mecanismos reales de acceso equitativo a la riqueza y a los frutos del proclamado progreso de la modernidad, aunque éste es un antecedente de carácter regional, por lo que es necesario identificar el debate global en el escenario del derecho internacional de los derechos humanos.

Partiendo de dicho contexto, un primer antecedente del reconocimiento del desarrollo como derecho se identifica en la perspectiva transversal sobre la igualdad y su materialización, así como una primera aproximación a los derechos económicos, sociales y culturales que da la Declaración Universal de los Derechos humanos de 1948. Dicha idea aun vaga en aquella época, comienza a tener mayor contenido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, instrumento que propuso una lectura dual del desarrollo. De una parte, este hace referencia al derecho de los pueblos a la autodeterminación y por lo tanto a elegir un modelo económico acorde a sus necesidades. Por otra parte, consolidar la idea del desarrollo como la libertad de cada sociedad de disponer de manera libre sobre sus riquezas y recursos naturales, para lo cual el Estado y la unidad territorial del mismo sería el límite (Artículo 1)⁴⁰.

Sin embargo, una de las primeras nociones del desarrollo como derecho aparece en una declaratoria⁴¹ sobre el mismo, del 4 de diciembre de 1986, donde se plantea que éste se trata de un derecho ligado a la garantía de la participación de las personas en sus dimensiones económicas, políticas, sociales y culturales, como instrumentos de materialización de los derechos humanos, retomando como punto de referencia, la idea de la autodeterminación frente a la injerencia de los países más poderosos sobre los más débiles en la escena global.

El instrumento en mención establece una serie de proclamaciones dirigidas a las personas naturales, las comunidades y los Estados. En los dos primeros casos, establece como beneficiaria del derecho al desarrollo a toda persona humana, por lo que las personas jurídicas no están cobijadas. Si embargo, frente a las comunidades sí hace un reconocimiento, pues se plantea el fin colectivo de este derecho (Artículos 1 y 2).

En cuanto al Estado (Artículo 2 al 10), plantea como una de sus obligaciones, la de establecer fórmulas políticas para promover el desarrollo, articulándose con otros Estados a través de mecanismo de cooperación. Asimismo, impone la perspectiva de los derechos humanos como integrales y, por lo tanto, el deber de dichas políticas es el de eliminar los

40

⁴¹ Declaración sobre el derecho al desarrollo Adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986.

obstáculos al desarrollo. Lo anterior es posible si se garantiza el derecho de participación del conjunto de la sociedad.

En 1989 aparece el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, donde se reconoce que los pueblos indígenas tienen el derecho a decidir sus propias prioridades para el proceso de desarrollo (Artículo 7). Tres años después se integran las preocupaciones ambientales a la idea de desarrollo a través de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992), la cual se articula en los principios 2 y 3 estableciendo que el mismo, debe realizarse atendiendo a criterios de equidad y de respeto al ambiente, en favor de “las generaciones presentes y futuras”.

La noción de un desarrollo según las condiciones de cada pueblo y atendiendo a fines de sostenibilidad, se continúa desarrollando en instrumentos posteriores como la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 (Artículos 1 y 2), el Consenso de Monterrey y de 2002, donde se señala el deber de las empresas de participar en el proceso del desarrollo teniendo en cuenta los impactos de sus actividades en los derechos, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 (Artículo 23) y finalmente, las denominadas Metas del desarrollo sostenible de 2015 y la Declaración del Milenio de las



Ilustración 5. Instrumentos de derecho internacional sobre el derecho al desarrollo. Elaboración propia

Naciones Unidas de 2019, donde se entiende el Derecho al desarrollo como el generador de posibilidades para liberar a la personas de condiciones deshumanizantes asociadas a la pobreza extrema. En resumen, se presentan los instrumentos señalados en el siguiente gráfico:

Por lo tanto, el derecho al Desarrollo debe entenderse como un concepto bisagra. Es decir que su realización trasciende su propio núcleo esencial y se convierte en una forma de materializar un conjunto amplio de derechos e incluso de dinamizar institucional y socialmente a un país.

Al respecto, Aguilar Cavello (2017) identifica en este derecho, el potencial de establecer un alcance más estructural para comprender las posibilidades de exigibilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Postura que se articula al papel que juega la paz en la materialización de este derecho, pues le da al mismo un potencial integrador, señalando que la economía y la dignidad humanas están interrelacionadas (Gómez, 2003), significando así que, ante un objetivo global compartido, la diversidad cultural debe ser un criterio inescindible del mismo.

Entonces, desde la perspectiva de los movimientos sociales y las comunidades en resistencia, se pueden identificar tres discusiones sobre este derecho. En primer lugar, al comprometerse en su materialización, los estados deben asumir como estrategia central en sus políticas públicas y legislaciones, la idea de consolidar un diálogo permanente entre, modelo económico, cultural y las preocupaciones ambientales del momento. En segundo lugar, dicho dialogo debe ser una posibilidad de democratizar el modelo económico; y finalmente al tratarse de un derecho transversal, no puede significar únicamente “modelo económico” y mucho menos una forma productiva en particular.

Esa forma de entender este derecho también ha sido la refirmada en el sistema interamericano de derechos humanos, donde la REDESCA de la CIDH resalto en 2019 que el derecho al desarrollo es fundamental en tanto permite demarcar responsabilidades y obligaciones del Estado y las empresas en el marco de sus actividades económicas.

Por otra parte, también se puede afirma que, en el escenario geopolítico en materia de empresas y derechos humanos, existen dos discursos dominantes sobre el desarrollo, que

son determinantes en términos de derechos humanos (Thérien. 1999): el paradigma de Bretton Wood y el paradigma de Naciones Unidas.

En el primero de ellos, el principal objetivo es la integración económica, donde la gobernanza es orientada y dirigida por las empresas, que tienen mayor injerencia en proporción a la concentración de poder ejercido por ellas, poniendo a las multinacionales en la cúspide de la pirámide de poder. En el segundo caso, Thérien habla de un “paradigma opuesto” caracterizado por entender que la globalización es, en sí misma, la causa de inequidades entre países, siendo insoslayable promover una gobernanza de las inversiones y las operaciones ejecutadas por empresas y mercados, para asegurar el bienestar de los pueblos en sus territorios; lo cual apunta, de manera primordial, a aquellas empresas del sector extractivo. La lectura de los paradigmas dicotómicos es sostenida por Matte (2011), quien agrega una paradoja: en las tensiones entre los dos modelos, predomina el primero, pues se asocia al sector privado con el desarrollo y al sector público con un gasto desproporcionado e innecesario.

Este contra discurso legitimador, pone a los derechos como un obstáculo al desarrollo y, en consecuencia, pretende dar un carácter de suficiencia al *soft law* como marco regulador de las actividades empresariales para la garantía de los derechos humanos. Pese a lo anterior, como señala Tranchecoste (2010), no es coherente hablar de una pérdida de preponderancia del Estado como actor internacional, pues lo que se evidencia es una interdependencia entre multinacionales y Estados; actuando las primeras, en muchos casos, como complemento de su diplomacia. Así las cosas, no es lógico dejar de lado que el Estado siempre haya fomentado el desarrollo de las grandes empresas nacionales y que grupos económicos, en concreto, pretendan ejercer su control a través de la captura corporativa del Estado.

Así las cosas, no basta con reconocer que las discusiones sobre la materialización y garantía del derecho al desarrollo son insoslayables para hacer avanzar soluciones efectivas que garanticen la responsabilidad de actores económicos en materia de derechos humanos. También es necesario repensar el propio concepto de “desarrollo” e incluso comenzar a hablar del mismo en un sentido plural: “los desarrollos”.

Al respecto, diferentes movimientos sociales han planteado cuestiones fundamentales a la idea de desarrollo al verlo como un referente monolítico que desconoce el carácter limitado del modelo de producción capitalista, pues este construye la riqueza en base a la desigualdad (Piketty, 2014) y aunque el derecho al desarrollo implica una particular interacción entre derechos y modelo económico, no logra ser suficiente para responder a preguntas sobre formas alternativas o distintas a la maximización de ganancias. Desde una lectura africana, Keba M'baye (1980) plantea entender este derecho como dinamizador de posibilidades capaz de satisfacer necesidades en perspectiva histórica, es decir como motor de políticas de reparación intergeneracional, para lo cual es fundamental abandonar la idea de progreso lineal.

Esa ruptura conceptual encuentra importantes referentes en las luchas de diferentes pueblos indígenas del planeta, en las cuales se ha disputado incluso la idea de la propiedad sobre los recursos naturales o la denominada “riqueza genética” (CIDH, 2015), los que se encuentran en territorios de dichos pueblos. Adicionalmente, Escobar (2014) propone cuestionar el mismo concepto de desarrollo, desde los que denomina “resurgimiento de los discursos de transición”.

En el contexto planteado, las experiencias diversas de dimensión local, pero de alcance global invitan ya no a pensar la universalización del desarrollo, sino la construcción del postdesarrollo, en decir en la posibilidad de:

“...descentrar el desarrollo [...] desplazándolo de su lugar central en las representaciones y discusiones sobre la realidad social [...] de su centralidad como imaginario discursivo...” y de coadyuvar “... la importancia de la transformación de la configuración particular de conocimiento y poder establecida por los conocimientos expertos” (Escobar, 2014, p. 31).

Por ello, no se trata solo de garantizar un derecho a desarrollarse como país, sino a elegir el modelo económico sobre el que se quiere construir un determinado proyecto de sociedad, desde perspectivas multiculturales y que establezcan las relaciones de poder como un criterio para reducir las desigualdades que se perpetúan sobre las mismas.

3.2 Asimetrías del litigio e ineficacia de las decisiones judiciales

Los escenarios judiciales revelan asimetrías entre actores económicos y personas afectadas por sus actividades, tales como la capacidad económica, la posibilidad de acceso a la defensa técnica cualificada o incluso el potencial que tiene un actor para influir en la agenda pública. Richard Meeran (2011) identifica algunas asimetrías que dificultan la posibilidad de lograr decisiones favorables a las víctimas que involucren la responsabilidad de actores económicos.

En primer lugar, la interacción del principio *Forum Non Conveniens* y la jurisdicción pertinente está asociada, de manera general, a la extraterritorialidad de las acciones judiciales. Para el autor mencionado, la invocación del principio señalado para elegir la jurisdicción adecuada, suele ser utilizado por las empresas para evadir su responsabilidad por conductas contrarias a los derechos humanos, aunque esto no se hace sólo al momento de presentarse un conflicto que deba ser dirimido en los tribunales. De hecho, el establecimiento de las casas matrices suele obedecer al nivel de flexibilización legal y tributaria de un determinado país.

En segundo lugar, las asimetrías entre el derecho del país donde se encuentra la casa matriz de una empresa y sus contradicciones con el derecho del país donde la empresa ha estado involucrada en presuntas violaciones a los derechos humanos. Aunque como señala Meeran (2011), la elección de la jurisdicción puede ayudara a sobrepasar barreras como la de la prescripción en materia de responsabilidad extracontractual, lo cierto es que se traduce en un costo mayor para las víctimas que para las empresas.

En tercer lugar, existen dificultades frente a los costos y la disposición de recursos con los que cuentan las comunidades y las personas defensoras de derechos humanos frente a las que están a disposición de los actores económicos. En temas como el ambiental, incluso la constitución de la prueba se ve limitada por el acceso a peritos y expertos, que son cooptados por las empresas, pues estos son agentes privados que venden sus servicios en un mercado especializado del cual se pueden ver excluidos por sus peritajes. Además, en razón de los tiempos dilatados en muchos casos, es muy probable que los

costos del litigio excedan los montos de las posibles indemnizaciones decretadas a favor de las víctimas.

En el año 2020, el Centro de información sobre Empresas y Derechos Humanos (CIEDH) identificó que, en el contexto de conflictos jurídicos entre comunidades, personas defensoras de derechos humanos y actores económicos, existen un conjunto de espacios del escenario judicial que ha sido cooptados por las empresas. En primer lugar, el acceso a los peritos y expertos que podrían constituir pruebas claras y precisas. Esto lleva a que se legitime una única forma de conocimiento, desconociendo los saberes ancestrales como referentes para demostrar los daños corporativos. En segundo lugar, muchas de las acciones judiciales implican la interacción de diferentes ramas del derecho, lo que implica acceder a bufets de abogados con diferentes experticias, sin contar con las dilaciones de las que pueden tomar ventaja, los actores con mayor capacidad como las empresas.

Para el caso de América Latina, el CIEDH construyó un informe relacionado con las reflexiones producidas en una Red de Litigio Estratégico sobre empresas y Derechos Humanos⁴² que lidera desde el año 2021. En este informe se presenta la base de datos iniciada en 2020 sobre casos judiciales donde están involucradas empresa. Así, a la fecha del informe existen “51 casos de vulneraciones a derechos humanos que han tenido lugar en América Latina” (Centro de Información Sobre Empresas y Derechos Humanos, 2022); además Colombia y Brasil aparecen con la mayor cantidad de casos y el sector minero y de hidrocarburos, con el mayor número de acciones judiciales. Todos estos casos se caracterizan por presentar situaciones de intimidación y amenazas contra las personas defensoras de derechos humanos e incluso los abogados que llevan los casos.

3.2.1 Abuso del derecho: Más allá de la reacción adversa

El CIEDH inició en el año 2015 un proceso de documentación de ataques contra personas defensoras de derechos humanos en el contexto de actividades empresariales. En el año 2021, señaló que de los casos documentados desde el inicio de su proyecto, el 40% corresponde a formas de acoso judicial donde se incluyen “una variedad de tácticas

⁴² Para conocer más sobre esta Red puede consultar la siguiente infografía, donde se explican los objetivos, metodología y alcance de la misma: https://mcusercontent.com/bdd1a6a40ffad39c8719632f/files/790ab5c3-4b04-c2e5-7c7e-12fce6998ef3/Infografia_Espan_ol.02.pdf

legales, tales como las denuncias penales y demandas civiles, la detención arbitraria, citaciones a comparecer y cargos fabricados por parte de los gobiernos y los actores empresariales” (Dobson y Zuluaga, 2021, P. 8)

Estas tácticas de intimidación judicial han sido denominadas Litigio estratégico contra la participación pública⁴³ y se caracterizan por ser casos judiciales que tiene como principal intención silenciar e intimidar a personas y comunidades por su activismo y defensa de los derechos humanos. Al respecto, la ONG Greenpeace afirma “*One of the core features of SLAPPs is a massive imbalance of power and resources*” (Greenpeace, 2020, P. 8).

Entender el uso del sistema judicial, como una forma de abuso del derecho, permite establecer un escenario en donde las comunidades y las personas defensoras de derechos humanos se encuentran en una relación asimétrica que trae como efecto inmediato, el debilitamiento del sistema democrático y una mayor concentración de poder por parte de actores económicos. En estos casos, como señalan el CIEDH y Greenpeace, existen un conjunto de características que permiten decir que sus efectos adversos no solo afectan a las personas defensoras de derechos humanos, sino a la sociedad en general. Estas características son:

- a) Tipo de demandante y su conducta: estos litigios son iniciados por un actor económico o sus representantes. Además, el demandante toma provecho de sus ventajas económicas (Contratación de peritos de alto nivel, sobornos, campañas mediáticas). Es común que el demandante ya tenga un historial de intimidación legal.
- b) Detonante del litigio: luego que una comunidad o persona defensora manifiesta que la conducta de un actor económico es susceptible de violar derechos humanos, estos litigios se activan de manera concomitante a campañas de desprestigio.
- c) Contenido de las demandas: los demandantes suelen solicitar reparaciones desproporcionadas y sanciones severas. Los argumentos suelen ser especulaciones o no sustentarse en hechos. Estos litigios suelen ir contra actos de

⁴³ Conocidos en inglés como Strategic Litigation Against Public Participation o SLAPPs.

participación pública o exigencia de derechos, desde la protesta social, el activismo ambiental o la veeduría ciudadana. Finalmente, este tipo de litigios, aun en el plano del derecho civil, suele estar asociado a los denominados delitos amplios, tal como el concierto para delinquir. De esta forma queda abierta la puerta a litigios posteriores y nuevas intimidaciones judiciales.

- d) Conducta estatal: el ente investigador, en materia penal la Fiscalía, tiende a dilatar el caso, haciendo que medidas como la de prisión preventiva se extiendan en el tiempo, incluso llevando a que el caso se resuelva por vencimiento de términos, dejando un manto de duda sobre la conducta de los presuntos infractores de la ley. Igualmente, es común que el fiscal del caso utilice éste para acosar a terceros.

3.3 Un aporte desde la justicia transicional: Entre reparación y transformación

Dado el interés por la responsabilidad corporativa en derechos humanos se ha intentado reflexionar sobre el tema en diferentes contextos de actividades empresariales. Uno de esos contextos es el que el grupo de trabajo ha denominado contexto de conflicto armado. En este sentido, el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (GT) plantea su reflexión desde la dicotomía entre derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario, como los marcos normativos en contextos de paz y de conflicto armado, pero estableciendo una obligación general en los dos escenarios: *el respeto de los derechos humanos más allá de su entorno ordinario*.

Por lo tanto, retomando la idea de los escenarios en disputa, es menester plantear una perspectiva distinta a la tradicional división entre formas de justicia ordinaria y transicional, puesto que, como se señaló en el capítulo 1, factores como la violencia o el poder son centrales en la comprensión de la materialización de derechos humanos. Así, los abusos de actores económicos, desde un enfoque de derechos como límites al poder, debe contemplar aprendizajes tanto transdisciplinares, como entre ramas del derecho.

Ahora bien, en el caso colombiano este es un tema de relevancia que podría extrapolarse al conjunto de escenarios de discusión sobre las empresas y los derechos humanos por

tres razones en concreto. En primer lugar, la relación entre empresas y derechos humanos pasó de ser una “*contradictio in adjecto*”, a un escenario de necesaria regulación, intervención estatal y de reflexión sobre el lugar de la democracia, la deliberación y la apertura al diálogo. En segundo lugar, en varios países del mundo, incluyendo a Colombia, existen relaciones directas entre los conflictos armados y los actores económicos, fenómeno que trae como consecuencias dinámicas de violencia, acaparamiento ilícito de recursos y captura corporativa del Estado. Finalmente, aunque no exista un conflicto armado en ciertos territorios y contextos, como se señaló con anterioridad (ver subcapítulo 1.1), los actores económicos han acumulado poder suficiente, mediante mecanismos violentos o beneficiándose de violencias no armadas que llevan a pensar que para construir un marco regulatorio, no basta con los tres pilares de los principios rectores sino que se hace necesario recurrir a los cuatro pilares de la justicia transicional: ***Justicia, verdad, reparación y garantías de no repetición.***

Existen dinámicas de poder de los actores económicos en contextos de conflicto armado que pueden extenderse a escenarios donde no se presenta una conflictividad de estas características toda vez que, ante el vacío institucional, algunos actores económicos ejercen en escenarios locales e incluso nacionales, funciones asimilables a las del Estado, siendo incluso la única fuente de recursos para las comunidades y regulando la vida comunitaria, mediante la regulación de sus operaciones empresariales. Ejemplo de lo anterior se observa en zonas donde la principal fuente de trabajo es una determinada empresa, por lo tanto, los flujos migratorios, las variaciones de precios e incluso la llegada de economías concomitantes (legales e ilegales), pueden estar determinadas por los ciclos productivos de la empresa y sus ejercicios de contratación.

Adicionalmente, existe una tendencia generalizada en algunos actores económicos, principalmente de sectores extractivos, de reducir la conflictividad social a un tema de regulación de orden público o de confrontación armado. Por ello, es habitual que algunas empresas tengan un departamento de responsabilidad social y seguridad, dirigido en muchos casos por exfuncionarios de la fuerza pública del país donde opera. Esta dinámica es conocida como militarización de las empresas y es un fenómeno que no sólo se restringe a zonas de conflicto armado.

Esta idea de una empresa que genera impacto tan solo con su presencia es fundamental para comprender las obligaciones de actores económicos en materia de derechos humanos. Esto lo identificó el GT en el año 2020 *vis-à-vis* un conflicto armado: “*las empresas no son agentes neutrales: su presencia no está exenta de repercusiones. Aun cuando las empresas no tomen partido en el conflicto, las consecuencias de sus actividades influirán necesariamente en la dinámica de este*” (Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, 2020. P.11).

Con esta postura se integran dos teorías del derecho. En primer lugar la denominada teoría del riesgo, entendida como la relación entre el nivel de control y la capacidad de un actor sobre una actividad determinada. En segundo lugar, la lectura del contexto como presunción de responsabilidad; esta teoría se basa en que las empresas siempre estudian los contextos donde realizan sus inversiones. “*Ello supone entender bien la interacción bidireccional entre las actividades y el contexto, así como actuar para reducir al mínimo los efectos negativos*”⁴⁴ (Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, 2020. P.11).

Adicionalmente, el GT identificó una estrategia de tres pasos a implementar en contextos de conflicto armado y actividades empresariales, las cuales se podrían llevar a escenarios de alta conflictividad social no armada:

Análisis de conflicto	Mapa de actores	Impactos por actividad propia
Se deben identificar tres tipos de factores: a) factores que puedan desencadenar violaciones a los derechos humanos (i.e. existencia de recursos como los minerales de conflicto ⁴⁵); b) las causas de las tensiones sociales existentes (i.e. pobreza,	Teniendo en cuenta criterios como motivaciones, capacidades y oportunidades para infligir violencia, se deben analizar los actores en los territorios. En este sentido, las empresas, dice la ONU, “deberían prestar especial	Se debe determinar, cómo, en qué casos y bajo que circunstancias, las actividades propias de un actor económico, incluyendo su cadena de valor y suministros, pueden tener impactos, positivos y

⁴⁴ La combinación de estas dos teorías puede complementarse con la teoría del *strict liability* o de *actividad peligrosa*, la cual plantea dos posibilidades para dimensionar la responsabilidad objetiva. En primer lugar, el desarrollo de actividades anormalmente peligrosas; y, la responsabilidad sobre actividades que se presumen peligrosas pero que deliberadamente se renuncia a la diligencia debida por factores como la disminución de costos o la presunta incapacidad, auto declarada por el responsable.

⁴⁵ Son aquellos minerales relacionados con la financiación o con zonas donde se presentan situaciones de violaciones y otros abusos contra los derechos humanos. Para conocer en profundidad las características y seguimiento a estos minerales, se recomienda consultar el sitio web del Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/?&language=en&tags=335>

desigualdades, antecedentes del ejercicio del poder político, entre otros); y c) y las características del país y territorio de operaciones incluyendo una lectura sobre la situación de los derechos humanos. Este análisis se hace hacia afuera de la empresa y hacia adentro, identificando situaciones de riesgo para las personas trabajadoras.	atención a los defensores de los derechos humanos”, tomando acciones para prevenir riesgos indebidos, diferenciando entre actores armados y personas defensoras. En este sentido, las empresas deben evitar utilizar medios judiciales para debilitar las demandas sociales, mediante abusos del derecho como los explicados en el subacápite 3.2.1.	negativos sobre los derechos humanos.
--	--	---------------------------------------

Tabla 6. Estrategias sobre actores económicos en conflictos armados. Elaboración propia con base en Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (2020)

El GT también presentó un informe denominado “*Implementing the third pillar: lessons from transitional justice guidance by the Working Group*” del 8 junio de 2022. Este documento se enfoca en la importancia de implementar el Pilar III de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de 2011 y cómo tener en cuenta algunas lecciones que presenta la Justicia Transicional. En particular, se enfoca en analizar los mecanismo de reparación de la justicia transicional.

De este documento llama la atención su propuesta de establecer algunas directrices, orientadas a los Estados y las empresas para que puedan tomar medidas que favorezcan una efectiva reparación de las víctimas de actividades empresariales en contextos de conflicto armado, integrando los Principios de París⁴⁶ a la aplicación del Pilar III de los PR.

Se proponen cinco reflexiones propias de la justicia transicional que, extrapoladas a los contextos de actividades empresariales, plantean una estrategia con un enfoque centrado en las víctimas y con una clara sensibilidad de género, contemplando a las empresas como parte de la justicia transicional. A continuación, presentamos las estrategias sugeridas por el GT:

Tipo de estrategia	
Consideraciones de forma y fondo para garantizar el acceso a la reparación	En primer termino, los Estados están obligados a garantizar verdad, justicia, reparación y no repetición también por violaciones asociadas a actividades empresariales. Por ello, es necesario construir mecanismos de reconocimiento de responsabilidad por parte de empresas, estableciendo criterios para forzar a las empresas a separar la denominada

⁴⁶ Estos principios fueron aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de diciembre de 1993, a través de la Resolución 48/134. Se conocen como “Principios relativos al estatuto de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos”

	<i>responsabilidad social empresarial</i> , de la reparación. Por lo tanto, las sanciones a las empresas deben incluir para éstas obligaciones de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición; e incluso se deben establecer medidas de reparación simbólica. Finalmente, es fundamental establecer una clasificación precisa de los roles corporativos frente a la violación de derechos humanos.
Centralidad de las víctimas	Las necesidades y prioridades de las víctimas deben colocarse sobre los intereses de los actores económicos, para lo cual se deben abordar las necesidades de grupos históricamente discriminados, incluyendo una clara perspectiva de género. Finalmente, esta estrategia implica incluir a las comunidades y al ambiente, desde del pasado, el presente y el futuro de las violaciones de derechos y sus impactos.
Pluralidad de mecanismos de reparación	Se deben integrar, de preferencia todos los pilares de la justicia transicional para logra reparaciones efectivas (verdad, justicia, reparación y no repetición). Esto con el fin de lograr una perspectiva transformadora. En las garantías de no repetición se deben incluir la creación de leyes de diligencia debida e incluso procesos de rendición de cuentas a través de comisiones de la verdad ⁴⁷ . Además, se deberían tener en cuenta mecanismos como la restitución de tierras articuladas a exigencias a las empresas de apoyar procesos de desarrollo territoriales, garantizando su independencia de los intereses corporativos.
Medidas reparadoras sustantivas	Se debe legislar para clarificar las normas aplicables en materia de mens rea, actus reus y causalidad. Asimismo, los actores económicos deben hacer reconocimientos públicos de las violaciones en que pudieran estar inmersos. Eventualmente, previa aceptación de las comunidades, las empresas deberían participar en la reconstrucción de territorios e infraestructura afectada. Debe exigirse a las empresas que modifiquen sus políticas para garantizar la no repetición, incluyendo estrategias de persuasión para que no se sigan presentando conductas empresariales adversas a los derechos de las comunidades.
Reparación e intervenciones de reconstrucción y desarrollo	El GT sugiere que los Estados eviten suscribir nuevos tratados de comercio e inversión, hasta tanto no se consolide un marco claro de responsabilidad corporativa. Aunque las empresas pueden participar en estrategias gubernamentales de reconstrucción, consolidación de paz e iniciativas para promover el desarrollo económico, estas no se deben entender como una forma de reparar en sí misma de parte de las empresas. Tanto las estrategias de desarrollo como las medidas de reparación deberán contemplar los posibles impactos negativos de la nueva actividad empresarial, cuando actores económicos participen en las mismas.

Tabla 7. Estrategias de la justicia transicional que pueden aplicarse al campo de las empresas y los derechos humanos. Elaboración propia con base en Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (2022)

⁴⁷ Este es un tema que para el caso colombiano debe ser estudiado a profundidad. En el caso del Informe de la Comisión para el esclarecimiento de la verdad entregado en junio del 2021, los actores económicos quedaron superficialmente relacionados, reduciéndose su mención a sectores económicos generales, previamente conocidos. Es posible que experiencias como la argentina, donde la rendición de cuentas de actores económicos fue precaria por su participación en violaciones a los derechos humanos durante la dictadura de Videla. Más de treinta años después y luego de la incidencia de la sociedad civil, banqueros, empresarios y comerciantes comienzan a responder por su participación y favorecimiento durante la dictadura.

Finalmente, Payne, Pereira y Bernal (2021) propone integrar una perspectiva de justicia de abajo hacia arriba, teniendo en cuenta la inclusión de testimonios en los informes de comisiones de la verdad, la protección y garantía de mecanismo de protesta social de parte de la sociedad civil, como los escraches⁴⁸, el fortalecimiento del acceso a la justicia, incluyendo estrategias como la inversión en la carga de la prueba (ver subacápite 3.2.1), eliminar la prescripción de crímenes e incluso establecer acuerdos de cooperación para desarrollar procesos judiciales transnacionales.

En casos colombianos, en los tres esquemas de justicia transicional existentes (Ley de Justicia y Paz de 2005, la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras de 2011 y el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición de 2016) es evidente su deficiencia para responsabilizar actores económicos por su participación y beneficio del conflicto armado. Por lo tanto, es necesario que innovadores institucionales logren articular estrategias de la justicia ordinaria a los mecanismos de justicia transicional, con el propósito de establecer mecanismos asertivos de responsabilidad corporativa. Incluso como ha propuesto la sociedad civil, se podría imponer moratoria a actores económicos para que no puedan desarrollar actividades en territorios afectados⁴⁹.

⁴⁸ Es una forma de protesta social que surge en Argentina como respuesta a la impunidad de agentes durante la dictadura y que se ha extendido como forma de denuncia social ante la ineficiencia del poder judicial. En la actualidad el movimiento feminista ha consolidado esta forma de protesta como una estrategia efectiva para visibilizar como el proceso judicial puede revictimizar a las personas violentadas

⁴⁹ Contribución de la Mesa Nacional de ONG sobre empresas y derechos humanos de Colombia al documento sobre Conflicto y posconflicto del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Disponible en: https://www.ciedhcolombia.org/files/uqd/739426_445561214fc64fe294cc7cf3676257c5.pdf

Conclusiones y recomendaciones

4.1 Conclusiones

Tres ideas sobre los derechos humanos pasaron de ser un pilar de estos a un lastre. En primer lugar, la universalidad de estos en lugar de extender su materialización en el marco de la igualdad y la dignidad humana, se terminaron petrificando, sin posibilidad de ampliarse a nuevas discusiones que superen la esfera individual. En segundo lugar, la idea de conflicto entre derechos ha generado como matriz de análisis, la idea de ponderarlos. Este enfoque aplica el criterio de *suma cero*, para establecer cuánto se pierde de un derecho contra otro. Por ello, es necesario integrar otras perspectivas como el análisis de riesgos, las asimetrías de actores y si se quiere una lectura de externalidades positivas y negativas sobre la materialización de los mismos. En tercer lugar, se asume que al materializarse un derecho se anulan los conflictos sociales que le subyacen. Este enfoque “armonicista” no solo es contrario a las relaciones humanas, sino que oculta factores fundamentales que terminan por repetirse al no estar resueltos. Si un impacto ambiental se extiende en el tiempo, qué puede aportar una multa por contaminación a la solución del impacto ambiental.

Por esta razón, este documento se construyó desde una apuesta académica distinta. Como señala De Sousa Santos (2010) en un contexto de globalización guiado por un modelo neoliberal (violento y excluyente), la matriz de reflexión sobre los derechos humanos debe incluir un enfoque intercultural y que contemple el poder como una categoría indispensable. Siguiendo la propuesta conceptual del autor señalado, cuando se buscan caminos para la consolidación de un modelo democrático donde los derechos humanos sean límites efectivos a cualquier forma de abuso de poder (estatal y corporativo), la apuesta teoría debe orientarse a integrar algunos criterios transformadores para el análisis:

- Los derechos humanos son históricos. Por lo tanto, siempre serán un producto incompleto hasta tanto persistan las condiciones de injusticia, desigualdad y exclusión.
- La materialización de los derechos no es abstracta. Entonces, la categoría de poder es fundamental para explicar el por qué un derecho no se materializa y sobre qué debe hacerse para lograr tal propósito.
- Desromantizar los derechos implica tender puentes de diálogo entre el derecho, la economía, las políticas públicas y la acción colectiva. Así, una apuesta innovadora por los derechos humanos debe contemplar la categoría de gobernanza, saliendo de los estrechos límites del modelo estar westfaliano.
- Se debe apostar por la consolidación de nuevos derechos como al desarrollo, al conocimiento y a la participación. Estos son pilares de la toma de decisiones y la base del ejercicio de la libertad sin formas de dominación y de la construcción de colectividades dignificadas que superen la estrecha e iusnaturalista posesión de los derechos de la “ciudadanía”. No en vano, debates que asume a la naturaleza como sujeto de derechos, permiten extender las fronteras hacia la justicia y no la mera legalidad.
- De Sousa Santos propone “*el derecho a organizar y participar en la creación de los derechos*” (De Sousa Santos, 2010, p.94). Esta idea es insoslayable porque se piensa los derechos, más allá de una facultad de la persona y se plantea la necesidad de articular todo derecho a instrumentos y mecanismo de participación, siempre en constante construcción y abiertos escenarios de deliberación pública, pero con la certeza de que se haga desde la perspectiva de la progresividad.

Así las cosas, el *capítulo primero* indaga sobre las raíces estructurales de la idea de derechos como límites al poder. Para responder, se recurrió a un esquema conceptual de cinco aristas. La primera discusión estuvo relacionada con la idea de derechos como ausencia de la violencia. Como se puede leer en el subacápite 1.1, esta idea es errónea en la medida en que modelos que dejan fuera de control a los actores privados, encubre tipos de violencia estructurales que son en sí mismas obstáculos a los derechos. Luego, se estableció el por qué de ampliar la mirada sobre los actores privados con poder, de la categoría empresa a la de actor económico. Esto por cuanto, el poder es el factor central a analizar y no la personería jurídica de un actor. Así, si reconocemos que existen conflictividades no resueltas y profundas asimetrías entre diferentes actores, la categoría

poder se convierte en una herramienta fundamental para entender cómo los derechos pueden limitarle y garantizar relaciones sociales más justas y equitativas.

Definidos los límites a los derechos y los actores sujetos de los mismos, en los subacápites 1.3, 1.4 y 1.5 se propusieron tres lecturas para establecer cómo puede ser limitado el poder corporativo. Primero, se recurrió a la memoria como ejercicio de identificación de condiciones injustas de carácter estructural. Luego, se planteó en un lenguaje económico y próximo a los actores económicos, cómo se pueden integrar los derechos humanos en sus operaciones, siendo la lectura del costo/beneficio en diálogo con el análisis de riesgo, una herramienta poderosa. Finalmente, se propone integrar una lectura ecosistémica de los derechos humanos que entienda la posibilidad de consolidar escenarios de construcción de los mismos en clave policéntrica.

El capítulo segundo planteó una dicotomía no resuelta en la constitución de 1991. Por una parte, esta constitución aspiracional (para algunos teóricos) no logra tal propósito porque en materia económica el modelo que consagra es contrario al mismo. Proponer una herejía como está tiene un sentido: Mientras el poder estatal está regulado y limitado de manera precisa, los actores económicos terminaron reducidos a las relaciones de la esfera privada. Esta afirmación se analiza desde dos perspectivas. En el subacápite 2.1 se abordan las contradicciones entre un modelo constitucional garantista y un marco regulatorio internacional favorable a los actores económicos: *Lex mercatoria*. De estas se concluye que, al consagrarse un modelo económico inequitativo en la constitución, la *lex mercatoria* termina imponiendo sus reglas. En segundo lugar, se plantea la desconexión entre derecho y políticas públicas. En este escenario el factor dinamizador, paradójicamente, proviene del derecho internacional voluntario, a través de los Planes Nacionales de Acción. Luego, en el subacápite 2.2, se presenta el desarrollo jurisprudencial que ha permitido introducir los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos en el marco constitucional colombiano. Tal fenómeno se logra en la declaración de obligar a las empresas a implementar medidas de diligencia debida en el marco de la consulta previa.

Posteriormente, se analiza la propuesta teórica que opera como eje central y articulador de la presente investigación: La constitucionalización de barreras a los derechos humanos. Esta se explica a través de tres instituciones que son favorables a los actores económicos,

puesto que se ha recurrido a ellas mediante el abuso de poder. La primera de ellas tiene que ver con la seguridad jurídica como obstáculo para la justicia social. En segundo lugar, se planteó el uso de la declaratoria de utilidad pública para favorecer intereses particulares y no generales; y finalmente se mostró como la declaratoria de estados de cosas inconstitucionales se vuelve inoperativa cuando aborda injusticias estructurales asociadas al modelo económico dominante.

En cuanto al capítulo tercero, se estableció como referente de enmarque la idea de escenarios de disputa de los derechos. Se cuestiona la idea de la voluntariedad como una capacidad objetiva y real de los actores económicos para respetar los derechos humanos y se reconoce que, en la actualidad, las teorías sobre los derechos humanos no son suficientes para entender los impactos empresariales sobre estos. En el subcapítulo 3.1 se aproximó el debate que ofrece la democracia ambiental a las ficciones del extractivismo. Este último, profundamente violento, se plantea como el mejor modelo para generar riqueza y garantía a los derechos, pero en la práctica es su principal fuente de violaciones a los mismos. Entonces, se propone articular dos derechos como fuerzas que pivoten las relaciones de poder: El derecho a la participación y el derecho al desarrollo. El primero plantea la idea de consolidar espacios de gobernanza policéntricos. El segundo incluye a la economía y las múltiples formas de vida en el corazón de los derechos, entendiendo que solo mediante el diálogo entre esas dos dimensiones de las sociedades, se pueden materializar los derechos.

En el subcapítulo 3.2 se plantea un escenario complejo relacionado con la justiciabilidad de los derechos en contextos de actividades empresariales. El litigio estratégico es un escenario de construcción teórico-práctica y una necesidad imprescindible. Como se evidencio es este uno de los escenarios de mayor injusticia hacia las comunidades y las víctimas. Finalmente, se reflexionó sobre la idea de entender la vinculatoriedad de los derechos humanos frente a actores económicos, en términos de la construcción de una justicia transicional que permita que aquellos actores que han abusado de su poder, se sometan a un nuevo marco regulatorio y democrático. Así mismo, las propuestas sobre reparación y sometimiento de actores con poder, propios de la justicia transicional, son muy valiosos frente a escenarios sistemáticos y estructurales de violación a los derechos humanos por parte de actores económicos.

Sumado a lo dicho a lo largo del documento, sobre las inquietudes académicas que dan origen a esa investigación, sea esta la oportunidad de plantear algunas razones de orden personal que motivan este estudio. En primer lugar, la injusticia que rodea el acceso a la naturaleza invita a cuestionar desde todos los campos la realización de la promesa constitucional de 1991. Mientras se anuncia el carácter aspiracional de nuestra constitución, cientos de comunidades ven como sus formas de vida y su derecho a elegir el desarrollo de su existencia se desvanecen ante promesas de bienestar que nunca llegan. Este hecho de injusticia debería ser suficiente para motivar a la academia a construir soluciones y alternativas.

Por otra parte, tres motivaciones filosóficas de profunda convicción. De una parte, la necesidad de fundamentar nuestras instituciones y la acción política en la fraternidad, como referente de unidad y de construcción de pensamiento donde las singularidades de las personas, construyan un colectivo consciente de la barbarie y dispuesto a superarla. Por otra parte la idea de entender la libertad como una máxima de existencia que no implique la dominación sobre las demás personas, libertad no sólo para decidir sino libertad de no morir por las condiciones de existencia, libertad para existir y persistir ante la desigualdad, una libertad que podría enmarcarse en el siguiente poema:

EXISTE⁵⁰

Se perturban los moradores boreales con su nombre
Murmuran cabizbajos sobre aquel peligro
y construyen murallas de metal y olvido
Se arman del único valor que mantienen
ocultos en los hierros retorcidos que fueron bosque y río
¡Allá vienen! Gritan espantados mientras el suelo tiembla
ondeantes colores de libertad se amalgaman entre tambores y ocarinas
y en el fondo de aquella vital marea
La plata de las cumbres y el verde valle de los indomables enamorados del mar
¿Nuestro arsenal? La música, el sabor, la alegría, nuestra piel tatuada de dignidad
y en nuestra mente el recuerdo de nuestra ansiada libertad
esa que ganamos en la unidad
y que hoy hace temblar a los sin mundo, haciendo que digan
¡El Sur también existe!

⁵⁰ Poema del autor de esta investigación. Escrito a finales del año 2011 como reflexión ante la barbarie del extractivismo y sus falsas promesas de riqueza infinita.

Finalmente, la búsqueda de la justicia, como anhelo primario de cualquier persona que reflexione desde el derecho, no puede hacerse dejando de lado las preguntas sobre la igualdad. En un mundo globalizado y construido sobre el abuso de la fuerza, la idea de igualdad que guía al autor de esta investigación no es otra que la de no caer sometidos por la ambición de unos pocos, no se trata de la homogeneización de las personas, sino de la dignificación de su existencia, de la posibilidad de ser plurales y diverso, pero en condiciones dignas de existencia, con posibilidades de realización de los anhelos propios y liberados de toda forma de violencia que oprima.

4.2 Recomendaciones

El campo de estudios sobre las empresas y los derechos humanos está en permanente construcción, el cual no debe abordarse desde la visión tradicional del derecho, enfocado en consolidar una dogmática rígida, subordinada al fetiche de la ley. Por el contrario, se trata de un campo que necesita una visión experimental, interdisciplinaria y construida desde múltiples saberes, más allá de la academia en su torre de marfil. En este orden de ideas, se proponen tres tipos de recomendaciones, enfocadas en acciones que se pueden construir desde el mundo académico:

a) Sobre el campo de investigación:

En materia de investigación, existen varias falencias relacionadas a la construcción de metodologías que integren saberes plurales e inclusive métodos participativos. Hasta el momento este sigue siendo un campo monopolizado por expertos, cuando debería ser un escenario de construcción colectiva, de abajo hacia arriba. Además, muchos de los estudios sobre el tema se realizan en inglés, paradójicamente sobre casos que ocurren en América Latina. Por último, existe la convicción de mantener un lenguaje gerencial y corporativo, como concesión para poder “convencer” al actor corporativo. De lo que se trata es que las empresas integren los derechos humanos en sus políticas, no de convertir estos últimos en un subtema de la gestión de recursos.

Por otra parte, existen varios problemas de investigación que podrían ser explorados en este campo. En primer lugar, hacen falta estudios que integren análisis desde la

perspectiva del costo de los derechos y la construcción de estrategias de regulación de la actividad económica que vayan más allá de la aplicación de principios abstractos como el de seguridad jurídica o de legalidad. Por otra parte, existe un campo inexplorado sobre la relación entre políticas públicas, decisiones judiciales y construcción normativa. Este es esencial si se quieren consolidar mecanismos de regulación dinámicos y eficaces. El escenario del derecho ambiental es un campo que debe explorarse, ya que gran parte de los conflictos entre actores económicos y la garantía de derechos humanos, tienen como telón de fondo la apropiación y acaparamiento de la naturaleza.

b) Sobre el litigio estratégico

Este es un escenario de profundas asimetrías, donde los actores económicos acceden a los mejores recursos, mientras las comunidades deben enfrentar varios campos de batalla: La difamación, la criminalización, la arbitrariedad estatal, los impactos ambientales y la violencia. Las universidades públicas deberían explorar el fortalecimiento de sus consultorios jurídicos, para incluir programas con egresados y estudiantes de posgrado que puedan apoyar estas comunidades y a los litigantes que no cuentan con suficientes recursos para acceder a peritos de alto nivel y opiniones de expertos.

c) Sobre el involucramiento académico:

La temática central de esta tesis se circunscribe en temas estructurales como el constitucionalismo económico, la regulación de actores económicos y la consolidación del Estado Social de Derecho. Temas que la Universidad Nacional debería impulsar y consolidar. Sin embargo, el déficit en la materia es sustancial. En materia de derecho internacional, existe un marcado enfoque en responsabilidad penal, asociada a conflictos armados y actores estatales. Lo mismo ocurre con escenarios de derecho regionales como el sistema interamericano. Este tipo de materias suelen cerrarse a la dogmática y no exploran nuevos campos de investigación.

Por otra parte, la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales ha fortalecido líneas de trabajo como el arbitraje. Paradójicamente este se ha enfocado en el sector privado, dejando de lado el campo del arbitraje de inversión. Este debería ser un tema que la facultad desarrolle, pues existe un déficit de profesionales que apoye al estado frente al poder corporativo.

Finalmente, se debería promover la creación de una línea de investigación y de un programa en conjunto con facultades como la de Ciencias Económicas (incluyendo al Instituto de Estudios Ambientales) y Ciencias Humanas sobre el tema de regulación de actores económicos con un enfoque de derechos humanos y políticas públicas. Se deben buscar caminos que permitan diseñar y crear mecanismos, estrategias e instituciones de derechos humanos con la capacidad de limitar el poder corporativo y que construyan soluciones al abuso de poder de actores privados:



Ilustración 6. Propuesta de estructura para crear una línea de investigación sobre empresas y derechos humanos. Elaboración propia.

Bibliografía

- Aguilar Cavello, G. (2017). Las fuentes y el alcance del derecho al desarrollo y su indivisibilidad con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. . *Revista Ius et Praxis*, 465-508.
- Bağlayan, B. C. (2018). Searching for Human Rights Norms for Corporate Conduct in Domestic Jurisprudence: A Bottom-Up Approach to International Law. *Nordic Journal of Human Rights*, 371-389.
- Barnett, M., & Duvall, R. (2005). Power in International Politics. *International Organization*, 59(1), 39-75.
- Bechara, A. (2018). Investigación-acción-jurídica: escenarios para una investigación activa y crítica en el Derecho. . *JURÍDICAS CUC*, vol. 14, no. 1, 211-232.
- Birchall, D. (2021). Corporate Power over Human Rights: An Analytical Framework. *Business and Human Rights Journal*, 6(1), 42-66.
- Campanini, O., Gandarillas, M., & Gudynas, E. (2019). *Derechos Y Violencias En Los Extractivismos. Extrahecciones En Bolivia y Latinoamérica*. Cochabamba: LALIBRE Proyecto Editorial.
- Cantú Rivera, H. (2017). Planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos: Sobre la instrumentalización del derecho internacional en el ámbito interno. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 17, 113-144.
- Cantú Rivera, H. F. (2013). Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del status quo? . *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII. Universidad Nacional Autónoma de México, 313-354.
- Carvajal, S. N. (2011). Enfoques ascendente y descendente del ordenamiento territorial en Colombia. *Cuadernos de geografía*, 20(1), 21-28.
- Catá Backer, L. (2016). Fractured Territories and Abstracted Terrains: Human Rights Governance Regimes Within and Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 61-94.
- Centro de Información Sobre Empresas y Derechos Humanos. (2022). Litigio en derechos humanos y empresas en América Latina: Experiencias desde la práctica. Elaborado por Lady Nancy Zuluaga con la colaboración de Fabián Adres León Peñuela. Disponible en: ht. (L. Zuluaga, & F. Leon Peñuela , Edits.) <https://www.business-humanrights.org/es/de-nosotros/informes/litigio-en-derechos-humanos-y->

[empresas-en-am%C3%A9rica-latina-experiencias-desde-la-pr%C3%A1ctica/](#) :

Centro de Información Sobre Empresas y Derechos Humanos.

Cleves, G. A. (2016). La consulta popular frente a proyectos de exploración y explotación minera. En Ó. A. R, *Minería y Desarrollo Tomo IV: minería y comunidades: impactos, conflictos y participación ciudadana* (págs. 415-464). Bogotá: colección: Así habla El Externado ed.

CNMH. (2016). *Tierras y conflictos rurales. Historia, política agraria y protagonistas*. Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica.

Coase, R. (1960). The Social Cost. *The Journal of Law and Economics*, 1-44.

Colombia, M. N. (2020). *Contribución de la Mesa Nacional de ONG sobre EDH de Colombia al documento sobre Conflicto y posconflicto del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derec*. Obtenido de https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/Contribuci%C3%B3n_Mesa_U_NWGBHR.pdf

Courtis, C. (2006). La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. En C. Courtis, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (págs. 94-109). Buenos Aires: CEDAL Centro de Asesoría Laboral.

Dietz, K. (2017). Consultas populares mineras en Colombia: Condiciones de su realización y significados políticos. El caso de La Colosa . *Colombia Internacional* (93), 93-117.

Engels, F., & Marx, K. (1974). *La Ideología Alemana. Ediciones pueblos unidos*. Montevideo: diciones pueblos unidos.

Epp, C. R. (2013). *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*. Argentina: Siglo XXI Editores. Colección Derecho y Política.

Escobar, A. (2014). *Sentipensar con la tierra. Nuevas lecturas sobre desarrollo, territorio y diferencia* . Medellín: Ediciones UNAULA.

Fals Borda, O. (2000). *Acción y espacio. Autonomías en la nueva república*. (I. d. Colombia, Ed.) Bogotá: Tercer mundo editores.

Fals Borda, O. (2010). *Antología: Orlando Fals Borda*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Finnemore, M., & Sikkink, K. (1998). International norm dynamics and political change. *International Organization*, 54(4), 887-917.

- Flórez Pérez, G., & y Trujillo Muñoz, A. (2016). El ordenamiento territorial en clave de paz: más allá de La Habana. En G. P. Augusto Trujillo Muñoz, & F. K. Stiftung (Ed.), *Diseños institucionales para la gestión territorial de la paz* (págs. 17-33). Bogotá: Opciones gráficas editores Ltda.
- Fraser, N. (2008). *Escalas de Justicia*. (A. Martínez Riu, Trad.) Barcelona: Herder Editorial.
- Fraser, N. (2010). ¿Quién cuenta? Dilemas de la Justicia en un mundo postwesfaliano . *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 311-328.
- Galtung, J. (2003). *Violencia Cultural*. Obtenido de Documento 14. : <https://www.gernikagoraturuz.org/wp-content/uploads/2019/03/doc-14-violencia-cultural.pdf>
- Garay, L., & Salcedo-Albarrán, E. (2018). *El gran libro de la corrupción en Colombia*. Bogotá: Planeta.
- Garay, L., Salcedo-Albarrán, E., & de León Beltrán, I. (2008). *La captura y reconfiguración Cooptada del Estado en Colombia*. Bogotá: METODO.
- Garcés Villamil, M. Á. & Papalino Bautista, W. G. (2015). La Consulta Popular como mecanismo de participación ciudadana para evitar actividades mineras. *Justicia Juris. vol.11, n.1*, 52-62.
- González, G. F. (2017). *Desafíos de las consultas populares en el sector minero y de hidrocarburos en Colombia a partir de los nuevos precedentes jurisprudenciales* . Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.
- Hernandez Becerra, A. (2015). *El ordenamiento territorial colombiano. Más allá de la Constitución de 1991*. Bogotá: Serie Docuemntos de trabajo No. 55. Universidad Externado de Colombia.
- Holmes, S., & Sunstein, C. (2011). *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Argentina: Siglo XXI editores. Colección Derecho y política.
- Jaramillo Perez, J. F. (2016). *Constitución, democracia y derechos*. (M. García Villegas, A. Rodríguez Villabona, R. Uprimny Yepes , & D. Güiza Gómez, Edits.) Bogotá: Dejusticia.
- Jaramillo Pérez, J., García Villegas, M., Rodríguez Villabona , A., & Uprimny Yepes, R. (2018). *El derecho frente al poder. Surgimiento, desarrollo y crítica del constitucionalismo moderno*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-Facultad de Recho, Ceicnias políticas y Sociales.

- Jochnick, C., & Bickford, L. (2011). The Role of Civil Society in Business and Human Rights. En D. Bauman-Pauly, & J. Nolan, *Business and Human Rights: From Principles to Practice*. Nueva York: Routledge.
- Landau, D. (2019). Choosing Between Simple and Complex remedies in socio-economic rights cases. *University of Toronto Law Journal*, 105-123.
- Lizarazo Rodríguez C, L. (2018). The UN "Guiding Principles on Business and Human Rights": methodological challenges to assessing the third pillar: access to effective remedy. *Nordic journal of human rights*. 36:4, 353-370.
- Llanos-Hernández, L. (2010). El concepto del territorio y la investigación en las ciencias sociales. *Revista agricultura, sociedad y desarrollo*, 207-220.
- Matte, J. (2011). Les violations des droits humains commises par les entreprises transnationales du secteur extractif : Quelles solutions pour contrer le déficit de gouvernance? *Essai de maîtrise en Études internationales*. Laval, Québec: Institut Québécois des Hautes Études Internationales, Université de Laval.
- Mattei, U. (2007). Auge y caída del enfoque "Derecho y Economía". *Mattei, U. (2007). Auge y caída del enfoque "Derecho y Economía". Precedente. Revista Jurídica*, 121-153.
- Meeran, R. (2011). Tort Litigation against Multinational Corporations for Violation of Human Rights: An Overview of the Position Outside the United States. *University of Hong Kong Law Review*, 3(1), 1-41.
- Mejía Quintana, Ó. (2002). Dominación y exclusión en la Constitución de 1991: La constitucionalización de la mentira. *Revista Palimpsestvs*(2), 60-67.
- Melish, T. (2017). Putting "Human Rights" Back into the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Shifting Frames and Embedding Participation Rights. En R.-G. (Ed.), *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning* (págs. 62-75). Cambridge: Cambridge University Press.
- Melish, T., & Meidinger, E. (2012). Protect, Respect, Remedy and Participate: 'New Governance' Lessons for the Ruggie Framework. *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, 303–336.
- Mesa Cuadros, G. (2010). *Principios ambientales como reglas de organización para el cuidado, la vida, la conservación y el futuro. En: Debates ambientales contemporáneo*. Bogotá: UNIJUS.
- Muñoz Ávila, L., & Senior Serrano. (2022). Aproximación a la democracia ambiental desde la educación legal clínica y el litigio estratégico. En: Torres-Villarreal, M., L. y Iregui-Parra, P. M. (2022). Educación legal clínica: experiencia comparada como. En M.

- Torres-Villarreal, & P. Iregui-Parra, *Educación legal clínica: experiencia comparada como modelo de formación basado en la justicia social* (págs. 53-80). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Nayak, R. K. (1992). *Evolving right to development as a principle of human rights law*. In *The Right to Development in International Law*. Nijhoff: Dordrecht.
- Piketty, T. (2014). *El capital en el siglo XXI*. Colombia: Fondo de Cultura Económica.
- Piketty, T. (2019). *Capital e ideología*. Colombia: Editorial Planeta. Trad. Daniel Fuentes.
- Pisarello, G. (2011). *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta.
- Posner, R., Landes, W., & Kelman, M. (2011). *Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Post, R., & Siegel, R. (2013). *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Argentina: Siglo veintiuno editores.
- REDESCA. (2019). *Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*. Relatoría Especial de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales.
- Restrepo, D. (2004). De la descentralización a la regionalización. Nuevo escenario de la guerra y oportunidad de paz . *Revista eure*, XXIX(89), 81-96.
- Robledo Silva, P. (2018). EL panorama territorial. *Revista Derecho del Estado*, 179-208.
- Rodríguez Garavito, C. (2014). Towards a Human Rights Ecosystem. En D. Lettinga, & L. Van Troost, *Debating the Endtimes of Human Rights: Activism and Institutions in a Neo-Westphalian World* (págs. 37-49). The Hague: Amnesty International.
- Rodríguez Garavito, C. (2015). Las nuevas fronteras de la justicia constitucional: la democracia ambiental y las consultas populares en conflictos socioambientales. En C. d. judicial (Ed.), *Memorias Encuentro Constitucional por la tierra. Ibagué 17, 18 y 19 de septiembre 2014* (págs. 407-422). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rodríguez Garavito, C. (2015). The Future of Human Rights: From Gatekeeping to Symbiosis. *SUR - International Journal On Human Rights*, v. 11, n. 20, 499-511.
- Rodríguez Garavito, C. (2017). Empowered Participatory Jurisprudence: Experimentation, Deliberation and Norms in Socioeconomic Rights Adjudication. En K. Y. (ed.), *The Future of Economic and Social Rights* (págs. 235-258). Cambridge: Cambridge University Press.

- Rodríguez Peñaranda, M. L. (2016). Dejando atrás la Constitución del litigio incluyente: el reto de la paz como bienestar social. *Revista Pensamiento Jurídico*(43), 349-375.
- Rosevear, E. (2021). *Judicial interpretation of social rights: The rights to education, health, and housing in Brazil and South Africa*. Toronto: University of Toronto (Canada).
- Ruggie, J. (2014). Global Governance and "New Governance Theory": Lessons from Business and Human Rights. *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*, 5-17.
- Stammer, N. (1993). Human rights and power. . *Political Studies*, 41(1), 70-82.
- Sunstein, C. (2016). *La revolución en los derechos: redefiniendo el estado regulador*. España: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Thérien, J. (1999). Beyond the North-South Divide: The Two Tales of World Poverty. *Third World Quarterly*, 723-742.
- Tranchecoste, L. (2010). *Droits Humains, Sociétés Transnationales Et Responsabilité Internationale De L'état. Cas De L'investissement Public Dans Le Secteur Extractif. Mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise en droit international*. Québec: Université du Québec à Montréal.
- Trebilcock, M., & Mota Prado, M. (2017). *Derecho y desarrollo: Guía fundamental para entender por qué el desarrollo social y económico depende de instituciones de calidad*. Siglo XXI Editores. Edición de Kindle.
- Trujillo Muñoz, A. (2007). *Democracia y territorio: el ordenamiento territorial entre el derecho y la política*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Uprimny, , R., & Rodríguez, A. (2014). Interpretación Judicial. *Consejo Superior de la Judicatura. Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla*, 197-237 .
- Uprimny, R. (2012). La Constitución de 1991 como constitución transformadora: ¿Un neoconstitucionalismo fuerte y una democracia débil? En A. Juana Inés Acosta-López, & S. José (Ed.), *20 años de la constitución colombiana: Logros, retrocesos y agenda pendiente*. (págs. 39-54.). Bogotá: Fundación Konrad Adenauer-KAS-Colombia.
- Vuillard, É. (2018). *El orden del día*. Barcelona: Tusquets.
- Wallerstein, I. (2005). *Análisis de sistemas-mundo. Una introducción*. México: Siglo XXI Editores.
- Weber, M. (1978). *Economía y Sociedad: Un Esquema de Sociología Interpretativa*. Berkeley: University of California Press.

Normas consultados

República de Colombia. Constitución Política de 1991. 4 de julio de 1991.

Congreso de la República de Colombia (2011). Ley 1454 del 29 de junio de 2011: “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”. Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial. Colombia.

Jurisprudencia consultada

Corte Constitucional de Colombia. Auto 365 del 13 de agosto de 2020, sobre Recurso de súplica contra el auto del 13 de agosto de 2020 que rechazó la demanda de inconstitucionalidad formulada en contra del Estatuto Tributario. Mp. Alejandro Linares Castillo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-123 de 2018. Magistrados ponentes: Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-058 de 2021. Magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-502 de 2002. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, Sentencia C-123 de 2014. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional, Sentencia T-445 de 2016. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palácio.

Corte Cuprema de Justicia, sala de casación civil sentencia SC9193/2017 (28 de junio de 2017)

Documentos del Sistema de Naciones Unidas

Asamblea General, Conferencia mundial de derechos humanos , A/RES/48/121 (20 de diciembre de 1993

Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (2020) Empresas, derechos humanos y regiones

afectadas por conflictos: hacia el aumento de las medidas. Informe del 21 de julio de 2020. A/75/212.

Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (2022) Implementing the third pillar: lessons from transitional justice guidance by the Working Group. Informe del 8 de junio de 2022. A/HRC/50/40/Add.4.