

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

JULIÁN
TOLE MARTÍNEZ
Editor

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

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

CON EL APOYO DE LA

FUNDACIÓN FORD BRASIL

Y EL

CONSORCIO LATINOAMERICANO DE POSGRADO EN DERECHOS HUMANOS

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

485 páginas ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo.

ISBN: 9789587902044

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

323.4

SCDD 21

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

septiembre de 2019

ISBN 978-958-790-204-4

© 2019, JULIÁN TOLE MARTÍNEZ (EDITOR)

© 2019, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: septiembre de 2019

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Óscar Torres Angarita

Composición: Precolombi EU-David Reyes

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

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

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

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

CONTENIDO

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

PRIMERA PARTE

TENSIONES CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS EMPRESAS

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

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

SEGUNDA PARTE

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

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

AGRADECIMIENTOS

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

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

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

A todos ellos, mi más profundo agradecimiento y cariño.

JULIÁN TOLE MARTÍNEZ
Editor

PRÓLOGO

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

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

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

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

ANTONIO MOREIRA MAUÉS

Profesor catedrático de la Universidad Federal de Pará

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

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

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

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

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

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

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

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

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

JULIÁN TOLE MARTÍNEZ

PRIMERA PARTE
TENSIONES CONSTITUCIONALES
DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS EMPRESAS

ALEX LATTA*

CAPÍTULO I

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

RESUMEN

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

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

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

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

ABSTRACT

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

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

INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nolan señala que una de las limitaciones de los PPRR más difíciles de superar es su debilidad con respecto a medidas para asegurar su cumplimiento. Eso es preocupante, dado el desafío que los PPRR supuestamente abordan: el creciente poder de las empresas transnacionales frente a los estados. Como observa Wettstein, “the GPS [PPRR] fall prey to the very problem they were supposed to fix, that is, the problem of growing governance gaps between companies’ increasing sphere of activity and governments’ decreasing ability or willingness to regulate them”⁸. Un ejemplo en la práctica es el uso de “mecanismos de reclamación a nivel operacional”, en que las empresas se encargan de servir como primera instancia para recibir reclamos sobre la violación de derechos. Varias organizaciones de la sociedad civil han destacado esta práctica como una forma de “privatizar” la implementación de los derechos humanos bajo el esquema de los PPRR⁹.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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