Justicia LTDA.

Debates actuales en empresas y derechos humanos para enfrentar la desregulación del poder corporativo

SIEMBRA
Centro Sociojurídico para la Defensa Territorial

Justicia LTDA.

Debates actuales en empresas y derechos humanos para enfrentar la desregulación del poder corporativo

Justicia LTDA. Debates actuales en empresas y derechos humanos para enfrentar la desregulación del poder corporativo/Viviana Tacha et al. –1ª ed.
Bogotá D.C: Centro Sociojurídico para la Defensa Territorial SIEMBRA, 2022.

Esta obra del Centro Sociojurídico para la Defensa Territorial SIEMBRA está bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento – No comercial –Sin obra derivada 4.0 Internacional.

El contenido de esta publicación es responsabilidad exclusiva del Centro Sociojurídico para la Defensa Territorial SIEMBRA y no refleja necesariamente la opinión de sus cooperantes.

Primera edición
Noviembre de 2022
Bogotá D.C., Colombia

ISBN: 978-958-53652-7-8

SIEMBRA
Centro Sociojurídico para la Defensa Territorial

Coordinación de la investigación
Viviana Tacha y María Camila Moreno

Autores
Viviana Tacha, María Camila Moreno, Rodrigo Rogelis y Elisabet Pèriz

Asistente de investigación
Camilo Miranda

Edición
Viviana Tacha y María Camila Moreno

Diseño, ilustración y diagramación
Leonardo Díaz Ramírez
Matruska Estudio

Con el apoyo de

HEINRICH BÖLL STIFTUNG
BOGOTÁ
Colombia

Fastenaktion
Ending hunger together

CAFOD
Catholic Agency for
Overseas Development

CENTRO SOCIOJURÍDICO PARA LA DEFENSA TERRTORIAL SIEMBRA

Viviana Tacha
Directora Ejecutiva

Viviana González
Subdirectora de litigio

Rodrigo Rogelis Rincón
Subdirector de investigación

Sara Sofía Moreno
Ricardo Soler
María Camila Moreno
Ana María Barón
Manuel Castro
Yuber Lasso
Milena Perdomo
Equipo temático

Carolina Gómez
Paola Cárdenas
Equipo administrativo

Contenido

INTRODUCCIÓN 06

1. ¿OBLIGATORIEDAD O VOLUNTARIEDAD? ESA NO ES LA CUESTIÓN 10

1.1. Tendencias de regulación en la voluntariedad y obligatoriedad. 12

1.2. Poder, Estado y corporaciones: breve reseña de una reconfiguración. 15

1.2.1. Estado corporativo: factor para la profundización de la desigualdad. 18

1.2.2. La ficción de la corporación y su función para garantizar la desigualdad. 19

1.2.3. Reconfiguración normativa para favorecer el poder corporativo. 20

1.3. Conclusión. La cuestión de fondo tras la voluntariedad y la obligatoriedad: cómo comprendemos el Estado, las corporaciones y el derecho. 23

2. EL FRACASO DE LA VOLUNTARIEDAD: ANÁLISIS DE LOS PLANES NACIONALES DE ACCIÓN ADOPTADOS POR COLOMBIA 26

2.1. Los PNA son parte del problema de la impunidad del actuar corporativo. 27

2.2. El Plan Nacional de Acción de Colombia no es la respuesta a las violaciones de derechos humanos en el país. 28

2.2.1. El PNA: Un instrumento doblemente débil. 31

2.2.2. Un Plan Nacional de Acción sin transparencia. 34

2.2.3. Un Plan Nacional de Acción de papel. 36

2.2.4. El PNA no ha arrojado resultados concretos sobre aquello que se propuso: balance de cumplimiento. 37

2.3. Conclusión 41

3. LA REGULACIÓN EMPRESARIAL HOY DÍA: ENTRE LAS DEMANDAS CORPORATIVAS CONTRA LOS ESTADOS Y LAS LEYES DE DEBIDA DILIGENCIA EMPRESARIAL 43

3.1. La protección "fuerte" de las inversiones a través de los Tribunales de Arbitramento. 44

3.1.1. El propósito detrás del establecimiento de los tribunales de arbitraje de inversiones. 45

3.1.2. Los Tribunales de Arbitramento para asuntos de minería e hidrocarburos. 46

3.1.3. Conclusión: desmontar la asimetría normativa que representan los tribunales de arbitramento para las inversiones. 51

3.2. La regulación "débil" de las empresas a través de las leyes de debida diligencia o con enfoques de responsabilidad social empresarial. 52

3.2.1. El enfoque de debida diligencia empresarial en derechos humanos en 14 países del mundo. 53

3.2.2. Debida diligencia en derechos humanos: un enfoque equivocado para responder al poder corporativo. 58

3.2.3. ¿Debida diligencia en derechos humanos para Colombia? Apuntes sobre un rumbo limitado para el país. 62

4. HACIA UN MARCO NORMATIVO COLOMBIANO SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS 67

4.1. Identificación, revisión y modificación de la normatividad que permite el abuso del poder corporativo. 69

4.2. Construcción de una ley general sobre empresas y derechos humanos. 70

REFERENCIAS 74

INTRODUCCIÓN

"*Derechos para los pueblos. Reglas para las empresas transnacionales*". Con esta consigna, organizaciones de todo el mundo que exigen la adopción de un tratado internacional para obligar a las empresas transnacionales a respetar los derechos humanos y a hacerlas responsables jurídicamente en caso de que incurran en violaciones de derechos humanos, cerró el 28 de octubre de 2022 la octava sesión del Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en materia de derechos humanos (CIDSE, 2022).

La consigna es diciente del estado actual en el que se encuentran las discusiones normativas sobre cómo regular el poder corporativo y tiene como trasfondo una historia de violencia que a diario viven personas y comunidades que se ven afectadas por la operación de empresas transnacionales. Es diciente de estas discusiones porque, en efecto, no contamos con reglas – a nivel nacional ni internacional – que obliguen a las empresas a respetar los derechos humanos y a responder legalmente en caso de que los desconozcan. De manera correlativa, esto implica que los derechos que tenemos como pueblos no pueden ser exigidos cuando su desconocimiento o violación provenga de la operación empresarial, pues no existen mecanismos de acceso a la justicia para llevar a juicio a empresas y empresarios que resulten responsables de los daños, violencias y crímenes en los que incurren.

Los ejemplos de la violencia que se deriva del actuar corporativo abundan, y frente a ninguno de ellos existen respuestas jurídicas contundentes para las personas y comunidades afectadas por un sinnúmero de violaciones de derechos humanos. Varios estudios han demostrado que la mayoría de las empresas transnacionales que tienen su casa matriz en países con economías fuertes y altos niveles de ingreso, y que en consecuencia tienen dominio sobre el sistema económico global, son precisamente las que más violaciones de derechos humanos han cometido. Estas violaciones se han localizado mayoritariamente en países con economías emergentes, caracterizadas por instituciones débiles y bajos ingresos. Según un estudio elaborado por Ullah et al (2021), se han registrado 273 casos de violaciones de derechos humanos en economías emergentes por parte de 160 transnacionales provenientes de países industrializados entre 2002 y 2017. Empresas de Canadá, Japón, Alemania, Francia, Estados Unidos e Inglaterra dan cuenta del 70% de las violaciones de derechos humanos registradas.

La mayoría de estos casos han sido perpetrados por empresas mineras enfocadas principalmente en reducción de costos y maximización de ganancias, mostrando poco o ningún tipo de consideración sobre los efectos de sus operaciones sobre comunidades empobrecidas y ecosistemas estratégicos (Ullah et al, 2021). Las personas afectadas o víctimas de estas violaciones de derechos han sido primordialmente comunidades con bajos ingresos, mujeres, niños y niñas, comunidades étnicas y campesinas, y en general poblaciones que se encuentran en un claro desbalance de poder frente a las empresas que operan en sus territorios y lugares de vida o de trabajo. Estas violaciones de derechos han tendido a girar alrededor

de la intimidación, el abuso, el acoso y, en casos extremos, la ejecución y el homicidio[1]. Por ejemplo, la empresa Barrick Gold, de origen estadounidense, estuvo involucrada en asesinatos perpetrados por su cuerpo de seguridad en Papúa Nueva Guinea. Al personal de seguridad de Hudbay Minerals, de origen canadiense, se le atribuyen casos de violencia sexual sobre mujeres indígenas en Guatemala y México. A esto se suman casos de trabajo forzado y castigos corporales (Nevsun Resources, Canadá), acoso e intimidación (Oceangold, Canadá), discriminación racial (Rio Tinto, Australia), desplazamiento forzado (BHP Billiton, Australia) y abusos laborales (Goldcorpo, Estados Unidos), entre muchos otros.

En Colombia, las empresas transnacionales del sector extractivo que operan en el país han impactado de maneras inimaginables los territorios y modos de vida de varias comunidades étnicas y campesinas. Los daños que han cometido estas empresas suceden a lo largo de toda su operación, y son evidentes en cada uno de los momentos en los que las empresas ejecutan sus proyectos, desde su llegada a los territorios hasta su salida de los mismos. Han acaparado tierras y agua y han amenazado con modificar los ordenamientos territoriales, lo que alteraría la vocación productiva de municipios habitados por comunidades campesinas en Tolima y en el suroeste antioqueño (AngloGold Ashanti); han impactado severamente el cauce natural de los ríos, fuente de vida y de reproducción social y económica para las comunidades ribereñas, con el objetivo de instalar grandes hidroeléctricas o de ampliar sus operaciones mineras en Huila y en La Guajira (Enel y Glencore); han desconocido el derecho a la participación política de la ciudadanía, impidiendo que las comunidades tomen parte activa en decisiones trascendentales, usando para ello mecanismos judiciales para desconocer consultas populares (Mansarovar Energy); han contaminado el aire que respiran comunidades étnicas y campesinas en el Cesar, provocando desplazamientos forzados de la población, los cuales son nombrados, eufemísticamente, como "reasentamientos involuntarios" (Glencore).

Adicionalmente, de acuerdo con el informe final de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad (CEV), las empresas transnacionales del sector extractivo participaron, se involucraron y se lucraron del conflicto armado colombiano. Su participación en el conflicto y en la violencia que se derivó del mismo fue tan central, que la CEV llegó a afirmar que, por sus diversas formas de relación con el paramilitarismo, estas empresas son parte integral de dicho fenómeno, siendo responsables del despojo de tierras, territorios y del desplazamiento forzado de cientos de poblaciones en cuyos territorios se instalaron o avanzaron distintas economías extractivas (Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, 2022).

Estos casos son apenas enunciados de los múltiples ejemplos y testimonios que podrían brindar personas y comunidades afectadas por las estrategias que muchas empresas transnacionales han empleado en distintas partes del mundo para garantizar el crecimiento de sus márgenes de ganancia, invirtiendo en economías que proveen las condiciones óptimas para reducir costos, aunque ello implique el arrasamiento de vidas y territorios. Nos encontramos, entonces, ante una situación de evidente injusticia y desigualdad, pues tenemos, por un lado, a corporaciones que abusan de su poder y

[1] Global Witness lleva reportando el asesinato de líderes defensores de la tierra y el ambiente desde el año 2012. Desde ese momento, 1.733 defensores han sido asesinados por defender su tierra y el ambiente frente a múltiples amenazas en todo el mundo. De este número global de asesinatos contra líderes registrados, Brasil encabeza el listado con 342 personas, y Colombia ocupa el segundo lugar con 322, seguido de Filipinas con 270. Se trata de cifras impresionantes que, más allá de los números, hablan de patrones de violación de derechos contra aquellas personas que luchan por sus derechos. Aunque el listado no habla de responsables, y es evidente la necesidad de preguntar por la responsabilidad de los Estados donde estos asesinatos tienen lugar, es igualmente importante indagar por los intereses privados que estas personas pusieron en jaque. La mayoría de lideres defensores del ambiente y de la tierra se oponen a operaciones empresariales de alto impacto en sus territorios, por lo que estas cifras deben llevar a indagar por la responsabilidad de quienes se benefician del hecho de que, la labor de estos defensores y de los procesos organizativos que representan, cese o se vea menguada. Al respecto, ver Global Witness (2022).

que violan todo tipo de derechos y, por otro lado, a comunidades y personas que no tienen mecanismos apropiados para denunciar, exigir justicia y obtener reparaciones. Lo que se les ofrece actualmente son herramientas derivadas de marcos voluntarios, asociados con la responsabilidad empresarial, los cuales son absolutamente insuficientes y desproporcionados para enfrentar los problemas, crisis y grave situación de derechos humanos que provocan las corporaciones en aquellos lugares en donde operan. Este estado de cosas tiene una explicación en el poder que tienen las corporaciones hoy día, el cual les permite actuar con total impunidad e incidir en las agendas políticas y legales de los Estados para evitar cualquier intento de regulación fuerte que las perjudique.

El poder corporativo es, entonces, causa y consecuencia de la desregulación en la que actualmente se encuentran las empresas transnacionales, por lo que en este documento nos proponemos mapear dicha desregulación, sus causas y efectos, con el objetivo de proponer una agenda que nos permita construir un marco regulatorio en empresas y derechos humanos para Colombia, el cual debe tener como horizonte la exigibilidad de justicia. Por ello, este documento presenta los debates que actualmente existen en empresas y derechos humanos a nivel nacional e internacional, y una mirada crítica de aquellos instrumentos legales o de política pública que hoy día están en el centro de dichos debates. Se trata de discusiones de toda la relevancia para la construcción de una agenda que realmente responda a las necesidades de personas y comunidades afectadas, y que permita poner un freno al desmesurado poder de las corporaciones.

Con este objetivo, en el primer capítulo analizaremos los debates que actualmente existen en cuanto a la regulación de las empresas, los cuales oscilan entre marcos voluntarios – impulsados por sectores empresariales y afines – y marcos obligatorios – impulsados por organizaciones sociales, de derechos humanos y comunidades afectadas–. En ese capítulo nos interesa ir más allá de los debates estrictamente legales sobre lo que implican ambos tipos de marcos, para indagar por las causas que hay detrás de dicha disputa de enfoques normativos. Como señalaremos, más que un asunto jurídico, esta discusión nos interroga sobre la noción que tenemos del Estado, de las corporaciones y el papel del derecho en un sistema democrático. El capítulo presenta unas conclusiones que apuntan a la exigibilidad de marcos obligatorios en derechos humanos para las empresas, enfatizando en los peligros que supone optar por marcos voluntarios.

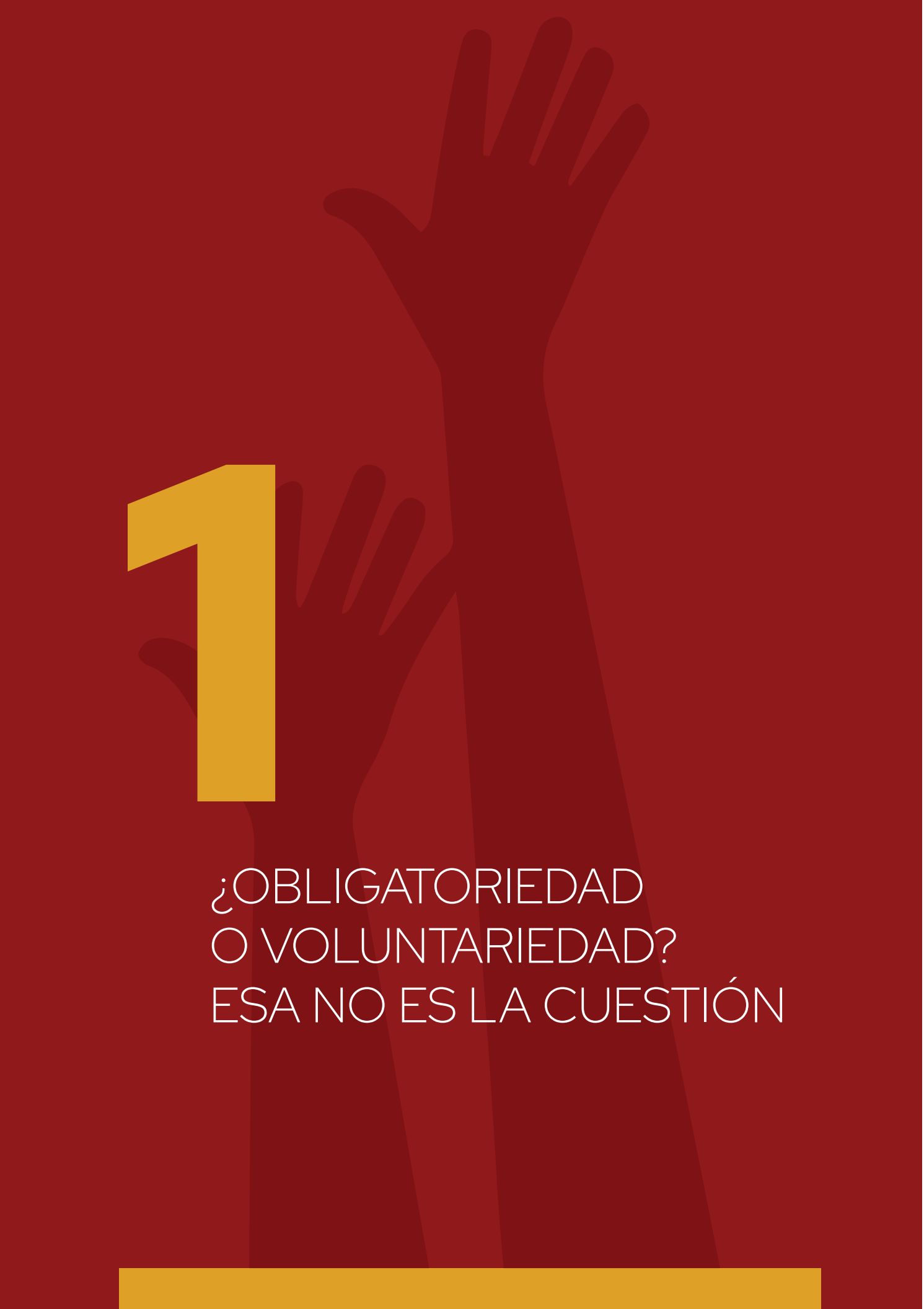
Teniendo claridad sobre los debates alrededor de los marcos obligatorios y voluntarios, en el segundo capítulo nos enfocamos en hacer una crítica a las herramientas más representativas de estos últimos: los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y, de manera específica, los Planes Nacionales de Acción, los cuales han aterrizado en Colombia en dos documentos de política pública. Tal como se expondrá en este apartado, dichos documentos adolecen de múltiples deficiencias y no han tenido ningún impacto positivo en la situación de derechos humanos en el país. Para sustentar esta afirmación, presentaremos un balance detallado del último Plan Nacional de Acción adoptado por Colombia a partir de sus contenidos y de sus resultados. Esta segunda sección concluye con un llamado a concentrar nuestras energías en marcos obligatorios, en lugar de continuar con una apuesta hacia una renovación de este instrumento.

En la tercera sección nos enfocamos en el análisis de otros marcos normativos que, en el debate sobre la regulación de las empresas, son objeto de poca atención y discusión, o que están empezando a ser analizados en nuestro país. Nos referimos, en el primer caso, a los tribunales de arbitramento de inversiones, que son la expresión máxima de la desigualdad que existe en cuanto a regulación empresarial, pues dotan a las empresas de mecanismos fuertes para demandar a los Estados cuando sus inversiones estén en riesgo, y que ameritan, por la gravedad de sus implicaciones para el principio de soberanía, para el principio democrático y para el sistema de derechos humanos, una discusión amplia y decidida con miras a exigir la renegociación de los tratados que permiten este tipo de mecanismos abiertamente injustos.

En el segundo caso, nos referimos a las leyes de debida diligencia en derechos humanos que están siendo impulsadas en distintos países, principalmente europeos, y que se presentan como una solución regulatoria a nivel nacional, al exigir un marco mínimo de obligaciones a las empresas que parten del enfoque corporativo de la debida diligencia. A partir de la revisión de leyes de debida diligencia – u otras con enfoques similares– que se han aprobado o que están siendo discutidas en varios países, presentamos una mirada crítica de este enfoque normativo, y señalamos las razones por las que consideramos que no es el adecuado para una normatividad en Colombia. Este tipo de leyes proponen respuestas inadecuadas e inefectivas, brindado la falsa sensación de estar proporcionando una salida a la desregulación del poder corporativo, desviándonos de encontrar fórmulas mucho más acertadas para enfrentarlo.

Para cerrar, el último capítulo se concentra justamente en las fórmulas y alternativas que es preciso construir. Para ello, proponemos una ruta de acción, la cual incluye la exigibilidad de un marco legal en empresas y derechos humanos que, desde un enfoque de derechos, plantee mecanismos claros para hacer responsables jurídicamente a las empresas – en materia administrativa, civil y penal – y que brinde a las personas afectadas y a las víctimas mecanismos concretos para acceder a la justicia. En el centro de esta normatividad y de la construcción de la propuesta deben estar, sin duda, quienes se han visto afectados por el poder corporativo.

A partir de las discusiones planteadas en este documento buscamos aportar elementos a las organizaciones de defensa del territorio, a las organizaciones étnicas y campesinas, a las organizaciones de derechos humanos y a la sociedad civil en su conjunto, para los debates que están en curso sobre cómo regular el poder de las corporaciones. Consideramos que el horizonte de disputa es la exigencia de marcos obligatorios que provean una justicia que no sea limitada, y salir de esta manera de la trampa que implica la voluntariedad empresarial.



1

¿OBLIGATORIEDAD O VOLUNTARIEDAD? ESA NO ES LA CUESTIÓN

Cada vez está más posicionado en círculos de discusión política y jurídica la "cuestión" sobre las empresas y los derechos humanos. Por definición, una "cuestión" nos remite a una pregunta sobre una materia específica. Parece, entonces, que se plantea una pregunta sobre la relación que habría entre las empresas y los derechos humanos, la cual se concreta en el debate abierto que existe sobre la responsabilidad de las empresas cuando de su operación se derivan violaciones de derechos humanos. La cuestión surge, también, porque evidenciamos un problema para arribar a respuestas eficaces en el plano político, económico y jurídico. Sin embargo, en un contexto de violaciones de derechos humanos que se derivan del actuar corporativo, las respuestas *jurídicas* al problema parecerían sencillas: si un actor, cualquiera sea su denominación, es responsable de un daño, debería recibir consecuencias como las que se han establecido en el plano nacional e internacional para ello: marcos regulatorios obligatorios que sancionen a los responsables y que provean soluciones para reparar el daño ocasionado.

Pero la solución no ha sido tan obvia. Al menos desde hace cinco décadas[2] estamos sumergidas en una discusión sobre cómo regular a las empresas, qué tipo de medidas establecer en caso de que resulten responsables de la violación de derechos, y qué tipo de mecanismos de justicia, verdad y reparación instituir para dar respuestas a las víctimas y a las personas afectadas. Estas discusiones jurídicas, en sus polos opuestos, se traducen en la demanda por *marcos voluntarios* (promovidos por los sectores empresariales y afines) y *marcos obligatorios* (promovidos por movimientos sociales, organizaciones sociales y de derechos humanos); es decir, en marcos mediante los que la relación entre las empresas y los derechos humanos se resuelva mediante un "derecho blando" o un "derecho duro"[3] .

Esta discusión, en apariencia de técnica jurídica, tiene sin embargo un trasfondo político que explica por qué estamos inmersas en una discusión que carece de sentido desde el punto de vista ético, y por qué ha sido tan difícil lograr que la cuestión de las empresas y los derechos humanos se resuelva a favor de la justicia, es decir, a favor de un sistema en el que ningún actor, cualquiera sea su peso, quede impune por los daños que ocasione y que impacten en el disfrute de los derechos humanos. Tener en cuenta dicho trasfondo es importante, pues la discusión sobre *qué tipo de derecho es aplicable a las empresas* en lo que respecta a los derechos humanos, si es uno voluntario o uno obligatorio, está por completo alejada de las realidades y necesidades de las personas y comunidades que día a día sufren los impactos del actuar corporativo[4].

Sin embargo, esta discusión continúa orientando los debates nacionales e internacionales sobre políticas públicas, leyes, tratados y otros instrumentos internacionales, marcando la agenda relacionada con las soluciones a "la cuestión" de las empresas y los derechos humanos. Por ello, resulta importante entender el estado actual de dichos debates y su contexto, pues, al aterrizarse a los problemas concretos que enfrentan personas y comunidades con grandes empresas, las discusiones sobre la obligatoriedad y la voluntariedad sí tienen la potencialidad de perpetuar situaciones de injusticia o de revertirlas.

[2] Desde la década del setenta se registran intentos al interior de Naciones Unidas para adoptar normas vinculantes para las corporaciones. Un ejemplo fue el Código de Conducta de las Empresas Multinacionales de 1974, al que le siguieron, años después, en el 2003, las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos (Brennan y Berrón, 2020).

[3] Desde el punto de vista jurídico, se usa la expresión "derecho blando" o "soft law" para hacer referencia a normas que no tienen un carácter ni un efecto obligatorio. En ese sentido, estas normas, a diferencia de las normas obligatorias, no son (salvo excepciones) un parámetro legal para enjuiciar actos particulares o para poner en cuestionamiento normas de superior jerarquía. Son, en suma, normas "suaves" que, si bien son indicadores, pautas o tendencias normativas, carecen de elementos que las hacen coercitivas.

[4] Aun cuando organizaciones de derechos humanos y movimientos sociales, tal como se verá más adelante, son los principales promotores de las iniciativas regulatorias vinculantes, las discusiones técnicas sobre los instrumentos voluntarios o vinculantes que están en discusión a nivel nacional o internacional no parecen hacer parte de las realidades políticas y jurídicas de las comunidades que día a día se enfrentan en Colombia al poder de las corporaciones y sufren las consecuencias de su accionar.

Por lo anterior, en esta primera parte del texto expondremos, de manera breve y para iniciar, los instrumentos que hoy día reflejan las tendencias de regulación de voluntariedad y obligatoriedad, con el objetivo de situar el objeto del debate. Enseguida presentaremos una breve reseña de la manera como entendemos el poder corporativo y el lugar que tienen las empresas en nuestra sociedad, tomando como referencia los debates sobre el Estado corporativo, así como las evidencias sobre la existencia de una asimetría normativa cuando hablamos de la regulación de las corporaciones, con miras a situar las discusiones que subyacen a la disyuntiva regulatoria que existe hoy día. Finalmente, para cerrar esta primera sección, presentaremos unas conclusiones, dejando para ello algunas ideas para pensar la regulación jurídica de las corporaciones más allá de los debates estrictamente legales, y de esta manera situar lo que está realmente en juego.

1.1. Tendencias de regulación en la voluntariedad y obligatoriedad

Los marcos voluntarios, como el adjetivo lo indica, parten de la idea de que la regulación nace de la voluntad, es decir, no por la fuerza, la obligación o el deber. Hay múltiples ejemplos de estos marcos hoy día en lo que a empresas y derechos humanos se refiere[5]. Sin embargo, la tendencia actualmente en boga en lo que respecta a este tipo de regulación son las leyes de debida diligencia[6] . Se trata de marcos legales que están siendo impulsados en distintas partes del mundo, convirtiéndose en la tendencia actual de regulación y en la visión preponderante sobre cómo legislar, a nivel nacional, la cuestión de las empresas y los derechos humanos. Las leyes de debida diligencia buscan, de manera general, crear procedimientos al interior de las empresas para que identifiquen, prevengan y mitiguen los riesgos de sus propias operaciones comerciales (FIAN, 2022).

En Colombia, esta discusión está siendo promovida por la Defensoría del Pueblo[7], influenciada por agendas regionales y europeas que marcan dicha dirección o tendencia normativa[8], y ha sido propuesta, incluso, por la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad (CEV) que este año hizo público su informe[9]. Aun cuando los alcances de la debida diligencia en cada uno de los países en los que se ha impulsado difieren en su contenido y objetivo, haciéndolas "más" o "menos" fuertes en cuanto a la exigibilidad que se hace a las empresas, estos marcos regulatorios tienen como origen los denominados *marcos voluntarios,* encontrando sus bases en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de Naciones Unidas (PRNU)[10] como referente de la voluntariedad.

[5] Algunos ejemplos relevantes son los siguientes: las Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales de 1976, la Declaración Tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT de 1977, el Pacto Mundial de Naciones Unidas de 1999, los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos de 2011, los Planes de Acción Nacionales que se derivaron de dichos Principios, los Códigos de Conducta empresariales, las políticas de Responsabilidad Social Empresarial, entre otros.

[6] Aunque la debida diligencia se está adoptando a través de leyes nacionales (es decir, con fuerza de ley), y a pesar de que muchas de estas normas imponen obligaciones de diversa índole a las empresas, tal como se verá en la tercera parte del texto, situamos que son la tendencia normativa en el marco de la voluntariedad, pues la debida diligencia encuentra su piso normativo, como se verá enseguida, en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de Naciones Unidas, y de hecho, es acogida por varias empresas de manera autónoma como parte de sus políticas de responsabilidad empresarial.

[7] En respuesta brindada por la Defensoría del Pueblo a una petición enviada por SIEMBRA, esta institución corroboró que se encuentra trabajando en un borrador de un "proyecto de ley sobre debida diligencia en materia de derechos humanos", para lo cual ha creado una "Mesa Técnica para la Elaboración del Proyecto de Ley en Debida Diligencia en Derechos Humanos", liderada por la Delegada para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Defensoría del Pueblo. Respuesta a derecho de petición, Defensoría del Pueblo, 22 de agosto de 2022.

[8] En la tercera sección del documento se analizarán con más detalle estos marcos normativos.

[9] En la recomendación N°56 del Informe de Hallazgos y Recomendaciones de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la CEV explícitamente recomienda la adopción de marcos de debida diligencia en materia de derechos humanos. Al respecto se volverá en la tercera sección del documento. Ver Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad (2022).

[10] Resolución 17/4 sobre los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, principio 15.

Estos principios, adoptados en el año 2011 por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, son posicionados por sus defensores como una medida normativa "intermedia" en lo que respecta a las empresas y los derechos humanos, ya que estarían ubicados entre la falta absoluta de regulación, de un lado, y la regulación "fuerte" u obligatoria que otros actores demandan, de otro lado. Sin embargo, más que regular el actuar corporativo, lo que hacen los Principios Rectores es recoger estándares del derecho internacional para orientar, en materia de derechos humanos, los deberes del Estado frente a las corporaciones, así como la responsabilidad de las empresas de respetarlos. Se trata de principios que no son obligatorios ni subsanan la falta de mecanismos de justicia para hacer frente a violaciones de derechos humanos que se deriven de acciones de las empresas.

En efecto, los PRNU especifican el deber de los Estados de prevenir, investigar y castigar abusos de derechos humanos ocurridos dentro de su jurisdicción o territorio, a lo que se suma la recomendación de adoptar medidas para prevenir violaciones cometidas fuera de sus límites territoriales por corporaciones presentes en su jurisdicción. En cuanto a las corporaciones transnacionales, los principios establecen el deber de "evitar" abusos de derechos humanos a través de sus actividades o de sus relaciones de negocio, lo cual es un modo muy restringido de entender la aplicación del deber de respetar los derechos humanos (Gregg, 2021). Si bien establecen el deber de las corporaciones de respetar los derechos humanos más allá del mero cumplimiento de las leyes nacionales o locales, los Principios no crean obligaciones específicas que hagan responsables a las empresas de manera civil, penal o administrativa cuando ocurra una violación de derechos que se les pueda atribuir (Zanitelli, 2011). En este sentido, los Principios Rectores reiteran las obligaciones de los Estados con respecto a los derechos humanos, conectándolas con un marco voluntario de responsabilidad empresarial (Wouters y Chané, 2013).

Ahora bien, entre la debida diligencia como tendencia actual que se deriva de los marcos voluntarios en materia de empresas y derechos humanos, y los Principios Rectores como "origen" de la voluntariedad, hay en el medio un sinnúmero de este tipo de estrategias[11], de mayor o menor alcance, dentro de las cuales destacan los Planes Nacionales de Acción en empresas y derechos humanos (PNA). Se trata de instrumentos de política pública nacional que buscaron implementar o aterrizar los Principios Rectores en los Estados, y que en estos once años que han corrido desde la creación de dichos Principios fueron la tendencia que siguieron varios países del mundo —tal como está ocurriendo hoy día con las leyes de debida diligencia—, Colombia estando a la vanguardia en América Latina[12].

En la segunda sección de este documento veremos que el caso de Colombia ilustra muy bien por qué el instrumento del PNA no solo no ha sido eficaz, sino que ha sido parte del problema. En la tercera sección, por su parte, volveremos sobre las leyes de debida diligencia para explicar por qué consideramos que nuestro país debe perseguir otra senda. Por ahora nos interesa situar que, aun cuando existen propuestas de crear marcos *obligatorios* que hagan responsables a las empresas por las violaciones de derechos humanos que cometen, lo cierto es que los marcos *voluntarios* siguen marcando la pauta regulatoria en lo que respecta a las corporaciones y su incidencia en los derechos humanos. Este lugar privilegiado que siguen teniendo este tipo de marcos ha sido posible porque parten de una serie de premisas políticas sobre las corporaciones que debemos desvirtuar, antes de problematizar la voluntariedad misma. Situaremos tan solo dos de ellas, sobre las que profundizaremos más adelante.

[11] Cuando nos referimos al "medio" no hacemos alusión a una cronología sino a los grandes referentes en la materia. Otros referentes de los marcos voluntarios, como se mencionaba en una cita previa, son las Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales de 1976, la Declaración Tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT de 1977 y el Pacto Mundial de Naciones Unidas de 1999.

[12] De acuerdo con ACNUDH (2022), en total 26 países han adoptado Planes Nacionales de Acción.

La primera es que las empresas se pueden autorregular. Se trata de la premisa definitoria de la voluntariedad, pues parte de que, justamente por determinación y por decisión, las empresas deciden regular su propia actividad y adoptan todas las medidas para evitar que sus operaciones causen la violación de derechos humanos. La segunda premisa consiste en que dicha autorregulación es deseable, pues las empresas son una parte interesada en las decisiones políticas de orden nacional y global, por lo que deben tomar parte activa en la discusión sobre el tipo de regulación que deben acoger. La primera premisa parte de entender a las corporaciones como agentes racionales que buscarían el bien común, debido a lo cual pueden autocontrolarse, mientras que la segunda parte de impulsar o de aceptar —o cuando menos no problematizar— que los marcos normativos que nos gobiernen sean promovidos o impulsados por diversas entidades, ya no solo públicas sino también privadas[13].

Estas premisas contrastan con aquellas de las que parten los *marcos obligatorios.* A pesar de no ser preponderantes en la discusión, este tipo de normatividad sigue disputando un lugar en los debates sobre empresas y derechos humanos. La máxima expresión de los marcos obligatorios es el Tratado Vinculante sobre empresas y derechos humanos[14]. Aunque aún no es una realidad y lleva ocho años en discusión, este instrumento disputa la noción de suficiencia de los marcos voluntarios para regular el actuar corporativo. El Tratado es impulsado por movimientos sociales, organizaciones de defensa de derechos humanos y algunos Estados[15], al considerar que es imperativo que desde el derecho internacional se cuente con un instrumento que regule la conducta de las corporaciones transnacionales, imponiendo obligaciones a las empresas, sentando las bases de un sistema de responsabilidad civil, penal y administrativa, y proporcionando a las personas afectadas y a las víctimas de violaciones de derechos humanos cometidas por empresas medidas para acceder a la justicia y obtener reparaciones.

Para estos efectos, al interior de la ONU se creó el Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, el cual ha sesionado en ocho oportunidades[16]. Durante dichas sesiones, este grupo ha discutido el alcance del instrumento del Tratado, así como sus contenidos, y ha elaborado tres borradores que, a pesar de haber reducido el espíritu del proceso inicial[17], sigue siendo reivindicado por los principales actores de la sociedad civil que lo impulsan como una base para avanzar en su discusión y adopción. Dentro de estos actores se encuentran la "Alianza por el Tratado Vinculante" [18], la "Campaña global para reivindicar la

[13] Rodríguez (2018) describe este diseño como "policéntrico", aludiendo a los diferentes centros desde los cuales se originarían los marcos regulatorios sobre empresas y derechos humanos. Ruggie (2014) fue el primero en definir este diseño de esta manera.
[14] En el año 2014, en su 26º período de sesiones celebrado el 26 de junio, el Consejo de Derechos Humanos aprobó la Resolución 26/9 en la que decidió "establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta encargado, entre otras cosas, de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos". Al respecto, consultar en: https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/igwg-on-tnc.
[15] Se destaca el papel de Ecuador en el proceso de adopción del Tratado. Este Estado ha asumido la Presidencia-Relatoría del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos en sus diferentes sesiones. En las últimas sesiones, y particularmente en la octava sesión que tuvo lugar en el 2022, el rol de la Presidencia – Relatoría ha sido objeto de críticas por parte de organizaciones de la sociedad civil por la falta de metodologías claras para las negociaciones del borrador del Tratado. Al respecto, ver CIDSE (2022).
[16] Los informes de los ocho periodos de sesiones que se han dado hasta ahora se pueden consultar en https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/igwg-on-tnc. La más reciente sesión tuvo lugar entre el 24 y el 28 de octubre de 2022.
[17] Al respecto se puede consultar el estudio realizado por Krajewski (2021) para la red CIDSE sobre el tercer borrador revisado del Tratado Vinculante. El estudio se encuentra disponible en: https://www.cidse.org/es/2021/10/20/analysis-of-the-third-draft-of-the-un-treaty-on-business-and-human-rights/.
[18] La Alianza por el Tratado (Treaty Alliance) es una alianza de redes dedicadas y grupos de campaña de todo el mundo que se moviliza por un Tratado de la ONU para poner fin a la impunidad corporativa y regular las actividades corporativas contra los abusos y violaciones de los derechos humanos y la destrucción del medio ambiente. Al respecto, consultar en: https://www.treatymovement.com/.

soberanía de los pueblos, desmantelar el poder corporativo y poner fin a la impunidad" [19], el colectivo "Feministas por el Tratado Vinculante"[20], entre otros actores relevantes[21].

Como mencionábamos, este marco obligatorio parte de premisas que desvirtúan aquellas sobre las que se asientan los marcos voluntarios: ni las empresas se pueden autorregular, ni es deseable que se continúe cediendo espacio y poder a las corporaciones al brindarles asiento en las discusiones sobre la dirección que debe tomar la normatividad internacional en materia de derechos humanos. Como veremos enseguida, desvirtuar estas premisas pasa por la comprensión histórica y política de la "cuestión" a la que nos referíamos al inicio, resulta trascendental para salir de la discusión exclusivamente jurídica, y pasar así al asunto que está realmente en el fondo del problema: el poder que actualmente detentan las corporaciones y cómo comprenderlo.

1.2. Poder, Estado y corporaciones: breve reseña de una reconfiguración

Desde la segunda guerra mundial, el crecimiento en tamaño, número y poder de las corporaciones transnacionales ha sido enorme (Whelan, Moon y Orlitsky, 2009). Las empresas transnacionales están conformadas por una empresa matriz localizada en el país de origen de la compañía y filiales localizadas en países receptores que permiten expandir las operaciones (Kordos y Vojtovic, 2016). De este modo, a medida que la globalización del mercado creció durante el siglo XX, acrecentándose sobre todo a partir de los 90, las empresas comenzaron a salir de sus fronteras nacionales a través de la Inversión Extranjera Directa (IED), lo que ha involucrado la adquisición de empresas ya existentes en otros países o la creación de nuevas empresas a nivel local para establecer desde filiales (en las que la totalidad es propiedad de la matriz) hasta inversiones conjuntas que implican una propiedad parcial (Ullah, Adams y Attah-Boakye, 2021). De esta manera, el número de empresas transnacionales en los 1970 se estimaba en cerca de 7.000 (Greer y Singh, 2000), mientras que para comienzos de los 1990 rondaba alrededor de las 37.000 con cerca de 170.000 filiales. Para 2007 ese estimado creció a 77.000 empresas con cerca de 770.000 filiales a lo largo del mundo (UNCTAD, 2007).

Este crecimiento ha implicado, de acuerdo con el Banco Mundial, que la entrada de capital por Inversión Extranjera Directa (IED) a nivel global pasara de 99 billones de dólares en 1970 a un pico de 24.460 en 2007[22], como se observa en la Gráfica 1.

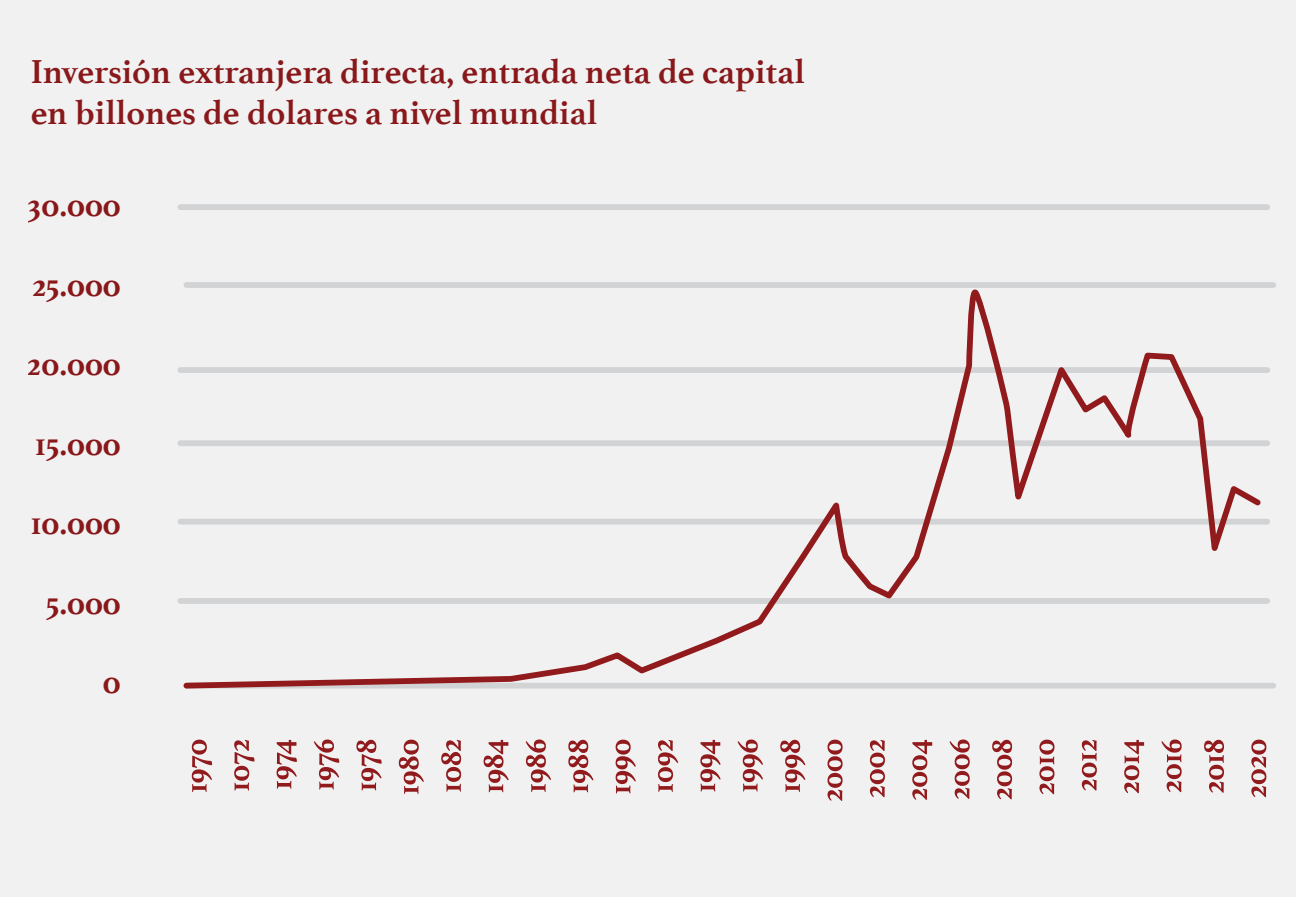
[19] La Campaña Global para Reivindicar la Soberanía de los Pueblos, Desmantelar el Poder Corporativo y poner Fin a la Impunidad es una coalición de 200 movimientos sociales, redes y organizaciones, así como campañas de denuncia de empresas específicas, activas en diferentes sectores, regiones y países para confrontar el poder de las empresas transnacionales mediante distintas estrategias. Al respecto, consultar en: https://www.stopcorporateimpunity.org/quienes-promueven-esta-iniciativa/?lang=es.

[20] Las Feministas por un Tratado Vinculante (F4BT) es una coalición de más de 25 organizaciones de derechos humanos que representan una red amplia y diversa de experiencias vividas por mujeres que han trabajado colectivamente desde 2016 para abogar por un tratado que tenga en cuenta el género, que aborde las barreras estructurales a la responsabilidad corporativa y proponga medidas para realizar cambios constructivos. Información tomada de: https://poderlatam.org/2020/10/feministas-por-un-tratado-vinculante-recomendaciones-claves/.

[21] Para un análisis de este proceso, ver Brennan y Berrón (2020).

[22] Datos tomados de la base de datos del Banco Mundial. Disponible en: https://data.worldbank.org/indicator/BX.KLT.DINV.CD.WD?end=2020&start=1970&view=chart

Gráfica 1



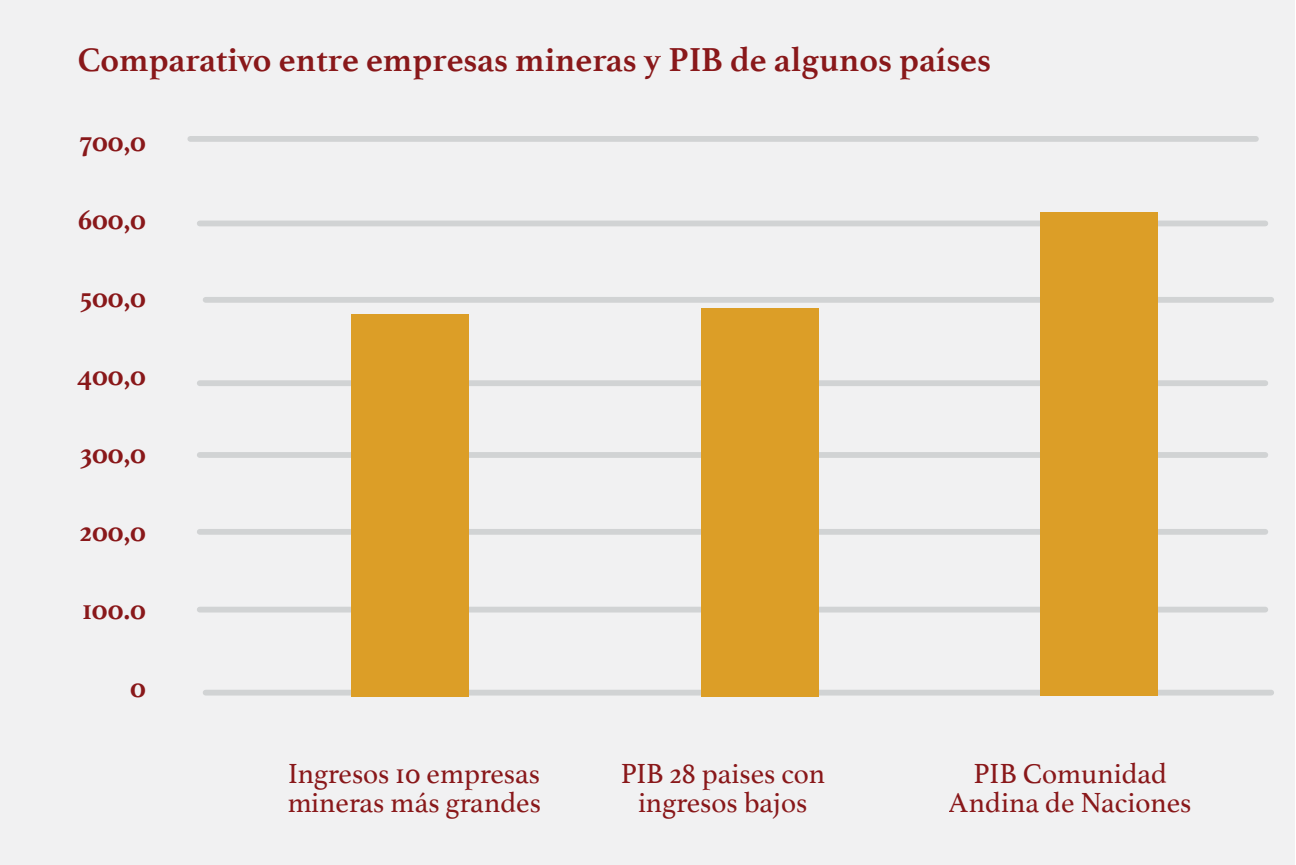
Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Banco Mundial (2022)

Un estimado de 100.000 empresas transnacionales suman un cuarto del total de las sumas de los PIB de todos los países del mundo (Wouters y Chané, 2013). Más de dos tercios de las entidades económicas más grandes del planeta son ahora transnacionales y no Estados. Tomando como ejemplo solamente el sector extractivo, las 10 empresas mineras más grandes del mundo sumaron un total de ingresos en 2020 de 476,5 billones de dólares (Johnston, 2022), lo que equivale al 78,4 % del PIB total de los países miembros de la Comunidad Andina (Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador)[23]. Solamente los ingresos de Glencore PLC en 2020 (178,6 billones), una transnacional con sede en Suiza, dedicada a la compraventa y producción de materias primas, equivalieron al 66% del total del PIB de Colombia ese mismo año (270,3 billones) [24]. Un dato relevante en otro sector productivo lo aporta la siguiente comparación: en el año 2019, el PIB de Colombia alcanzó los USD $323 billones, mientras que en agosto de 2020 la empresa *Apple* de Estados Unidos alcanzó un valor de USD $2 trillones (Salcedo y Garay, 2021).

[23] Datos tomados de la base de datos del Banco Mundial: https://datos.bancomundial.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?locations=ZJ

[24] Estas cifras solo toman en cuenta una empresa del sector extractivo, pero si se miran lo activos de las trasnacionales de otros sectores la cuestión es incluso más dramática. Por ejemplo, los activos de AT&T duplican fácilmente el PIB de Colombia.

Gráfica 2



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Banco Mundial e Investopedia (2022)

La influencia sobre la economía y la política mundial que las grandes transnacionales pueden tener ha crecido considerablemente gracias a que sus inversiones van tomando un papel cada vez más fundamental en la economía de un país. Por ejemplo, en 2020, el valor de las participaciones de la IED en Colombia equivalió al 78% del PIB del país, un porcentaje grande que ha ido creciendo desde principios de los 2000[25].

A este enorme poder económico hay que sumar también la complejidad misma de las redes empresariales que forman estas transnacionales. El sector está hoy día compuesto por múltiples tipos de negocios e iniciativas empresariales con diversas formas de integración a lo largo del planeta, por lo cual, no se podría hablar de un único tipo de existencia legal, sino de una confusa variedad de instrumentos y formas legales (Wouters y Chané, 2013). Han desarrollado enormes redes de oficinas, ramas, mecanismos de subcontratación, plantas de manufactura y extracción que operan a través de diferentes regímenes legales y tribunales (Taboada, Campo y Pérez, 2008). Las transnacionales se han vuelto impulsoras colosales de la aceleración de la globalización y el comercio internacional y han asumido el rol de los actores cardinales en la inversión extranjera (Herik y Letnar, 2010). Asumir este rol, como veremos enseguida, fue posible, en buena medida, por la reconfiguración de las funciones regulatorias del Estado en favor de incrementar el poder corporativo en la toma de decisiones públicas.

[25] Tomado de la base de datos de la OCDE: https://stats.oecd.org/Index.aspx?QueryId=64226. Este porcentaje de IED con respecto al PIB no apunta a relacionar el valor de las transacciones y los flujos de capital que llegan al país, sino a totalizar las participaciones que tiene esa inversión dentro de la economía del país.

1.2.1. Estado corporativo: factor para la profundización de la desigualdad

La desigualdad material generada por las corporaciones descrita previamente, se profundizó con las políticas neoliberales que emergieron a finales del siglo XX. A su vez, estas políticas propiciaron la cooptación de la función regulatoria del Estado por parte de las empresas transnacionales, acrecentando así el enorme poder que ya venían adquiriendo estos actores. Una serie de conceptos analíticos, elaborados en los últimos años, nos permiten comprender la manera como se dio este incremento del poder corporativo, pues ponen el foco en la importancia que tuvo el Estado para hacer posible la exacerbación de la desigualdad y del poder que, correlativamente, adquirieron las grandes empresas. Se trata de los conceptos de captura del Estado y Estado corporativo.

La captura corporativa del Estado es un concepto que nace en la década del noventa. Surge para explicar lo que pasó en los países comunistas que estaban transitando hacia una economía de mercado luego del derrumbe de la Unión Soviética (Salcedo y Garay, 2021). El concepto buscaba analizar la manera como los actores privados estaban tomando parte activa en las decisiones públicas en dichos países, y los altos niveles de corrupción que se derivaron de ese escenario. Asimismo, el concepto situaba la existencia de un problema: el poder político no estaba funcionando de la misma manera y sus nuevas formas resultaban problemáticas. En su comprensión inicial, el concepto permitía describir el beneficio que reportaba para las grandes empresas capturar instituciones estatales para mejorar su posición en el mercado, y también permitía poner en evidencia la relación estrecha entre élites políticas y élites económicas (Carvajal, 2021).

Una definición original del concepto situaba que la captura del Estado puede ser entendida como "*la determinación en la formación de las reglas básicas del juego (por ejemplo leyes, reglas, decretos y regulaciones) a través de pagos privados ilícitos y oscuros a funcionarios públicos*" (Hellman, Geraint & Kauffman, citado en Carvajal, p. 165). Este concepto fue objeto de una lectura aguda por parte de movimientos sociales críticos de medidas neoliberales, quienes buscaron ampliar su comprensión para incluir otros actores, diversas formas de operación de la captura corporativa y otras motivaciones que la subyacen (Carvajal, 2021). Desde Colombia, los estudios de Luis Jorge Garay, Eduardo Salcedo, Isaac de León y Bernardo Guerrero (2008) dan cuenta de ello[26].

En 2008, estos autores propusieron el concepto de "reconfiguración cooptada del Estado" para problematizar aspectos de la manera como originalmente se comprendía la captura del Estado[27], y llegaron a comprenderla como "*la acción de organizaciones legales e ilegales que, mediante prácticas ilegítimas, buscan modificar, desde adentro, el régimen político de manera sistémica, e influir en la formación, modificación, interpretación y aplicación de las reglas de juego y de las políticas públicas, para obtener beneficios sostenibles y lograr que sus intereses sean validados política y legalmente, y legitimados en el largo plazo, aunque estos no obedezcan al interés rector del bienestar social*" (Garay et al, 2008, p. 96).

[26] En el año 2008, estos autores publicaron el texto "La Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado en Colombia", el cual se convirtió una referencia en la materia. El texto se encuentra disponible en el siguiente enlace: https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2018/01/Captura-y-Reconfiguracion-Cooptada-del-Estado-en-Colombia.pdf.

[27] En primer lugar, ampliaron la comprensión de los actores involucrados en la captura del Estado, situando que quienes están involucrados en ella no son solamente actores legales sino también actores que abiertamente actúan en la ilegalidad; esto, a su vez, permite ampliar los motivos por los cuales se buscaría cooptar al Estado. En segundo lugar, situaron que la captura no siempre ocurría por iniciativa de un agente externo, sino que también operaría a la inversa, es decir, que también son los agentes públicos los que pueden propiciar escenarios de corrupción y de captura, rompiendo con la idea de una unidireccionalidad del proceso. En tercer lugar, introdujeron el concepto de cooptación para ampliar el término de captura, pues consideran que esto ayuda a entender que todos los agentes involucrados obtienen beneficios (Salcedo y Garay, 2021).

Esta definición introduce una idea novedosa para entender la captura corporativa del Estado, pues sugiere que es el Estado el que muta, el que cambia y se redefine a partir de una serie de prácticas que buscan desviar los objetivos públicos del Estado hacia objetivos o intereses privados. Acoger dicha tesis pasa por comprender al Estado como el resultado de un proceso histórico en el que diferentes actores en disputa dan forma a un orden institucional específico, en lugar de concebirlo como un ente estático que se define a partir de características que le serían connaturales y determinantes[28], donde algún actor externo entra a "capturarlo" (Mantilla, 2021). En ese sentido, lo que sí sería constituyente del Estado es su "selectividad estratégica", la cual no se refiere a una orientación política única que tendrían los Estados, sino, por el contrario, a la manera como, en cada momento histórico, el Estado es el reflejo y el resultado de disputas políticas, representadas por actores específicos con posiciones antagónicas (Mantilla, 2021).

En el marco de las políticas neoliberales que emergieron en los 80s y 90s, se generó una selectividad estratégica a favor de la privatización y de intereses corporativos, lo cual propició una serie de transformaciones en la concepción del Estado, la democracia y el derecho. Hayek, uno de los exponentes de las ideas neoliberales, concebía el Estado como una formación política en la que las transacciones privadas son la base de lo público, una democracia como gobierno de las mayorías que solo goza de legitimidad si no limita la iniciativa privada, y un orden jurídico donde la estabilidad se mide por el cumplimiento de los contratos y las transacciones que se hacen entre individuos (Mantilla, 2021).

Aunque estas ideas no explican por completo la manera como comprendemos hoy día esos tres conceptos, la fuerza con la que se impusieron condujo a su redefinición. En efecto, actualmente tenemos un Estado que, cada vez más, define el interés público tomando como base el interés corporativo, una democracia que languidece ante el poder de grandes corporaciones, el cual impone la agenda y traza los límites del debate público, y un derecho que, como veremos más adelante, está mayoritariamente configurado para proteger las inversiones y los intereses corporativos. Es decir, en el marco del impulso de las políticas neoliberales, la selectividad estratégica del Estado la habrían ganado quienes se beneficiaron de este tipo de políticas, reconfigurando el Estado a favor de las corporaciones. Por ello, como asegura Mantilla (2021), "*el poder corporativo no puede entenderse sin la transformación de las funciones del Estado que reconfiguraron los alcances de su regulación, generando una selectividad estratégica a favor de los grandes capitalistas*" (p. 70).

Esto explica mucho mejor la situación a la que nos enfrentamos cuando hablamos de poder corporativo, pues por dicho concepto no nos referimos al poder que emanaría directa y exclusivamente del capital económico que tienen las grandes empresas, sino a su relación estrecha con la fuente de poder que se deriva del Estado, esto es, a la manera como el Estado se reconfigura para favorecerlo.

1.2.2. La ficción de la corporación y su función para garantizar la desigualdad

Para entender la reconfiguración del Estado es igualmente importante comprender la figura de la corporación como una formación histórica, la cual también está en constante ajuste y en permanente relación con el Estado. La relación estrecha que existe entre el Estado y la corporación pasa desapercibida debido a las características que se les atribuyen a estas últimas y que le serían —como las del Estado— supuestamente connaturales: su autonomía y su eficiencia (Whyte y Tombs, 2016). Estas ideas, o fábulas, como las denominan Whyte y Tombs (2016), buscan situar a las empresas fuera del aparato estatal, mostrando que son entes cuyo surgimiento y crecimiento no tiene nada que ver con condiciones históricas, políticas y jurídicas determinadas, sino con el mérito individual o colectivo de las personas que las forjan.

[28] Tales como el monopolio legítimo de la violencia o la recaudación de impuestos (Mantilla, 2021).

En realidad, tal como los Estados, las corporaciones son creaciones jurídicas, ficciones a partir de las cuales construimos un imaginario que las hace socialmente operativas. Lo complejo es que la ficción es poderosa, de manera que es difícil distinguirla de la realidad. Como persona jurídica que es, la empresa o corporación tiene nombre, identidad, domicilio, derechos y es sujeto de obligaciones. Pero más allá de estas formalidades que las hacen viables, se le han concedido atributos como la capacidad moral de la que se derivaría un actuar ético y responsable (Whyte y Tombs, 2016). Nada en la ficción ni en la realidad, sin embargo, nos debería hacer llegar a tales conclusiones.

El posicionamiento de la corporación como una persona jurídica ética, que además sería favorable para la sociedad porque se la asocia con el bienestar y con el crecimiento o progreso económico, no es más que una idea que impide considerar los daños sociales que hacen las empresas —algunos de los cuales se traducen en violaciones de derechos humanos— como algo propio del ejercicio corporativo, es decir, como algo estructural (Whyte y Tombs, 2016). Esta ficción hace parte, entonces, del problema que enfrentamos para regular a las empresas hoy día, pues impide comprender que las personas jurídicas como las empresas están compuestas por personas naturales que, en lo que respecta a la corporación de la que hacen parte, actúan en beneficio de su interés particular, y que son tan capaces de causar daño y de cometer crímenes como cualquier ser humano.

Por lo anterior, la idea que indicaría que Estado y empresa son autónomas una de la otra, y que el Estado solamente facilita las condiciones para que las empresas puedan operar, no se sostiene. La relación entre ambos es más compleja, interdependiente o simbiótica, pues las corporaciones tienen todo el interés de tener un papel activo —aunque aparentemente invisible— en la configuración de las funciones del Estado, y viceversa, quienes desde el Estado tienen intereses particulares por su relación con élites económicas, juegan un papel igualmente dinámico en la configuración de los intereses corporativos, conformando así lo que Whyte y Tombs (2016) denominan como "*interés común estatal - corporativo*".

Este giro en la comprensión del fenómeno, donde pasamos de hablar de la captura corporativa del Estado al *Estado corporativo* a partir de su reconfiguración, es sugestivo para comprender el poder de las corporaciones hoy día. En primer lugar, da cuenta de transformaciones sociales y políticas estructurales que nos permiten hacer una crítica general al poder de las empresas, sin recibir a cambio argumentos que intentan demostrar que "no todas las empresas son iguales", que hay empresas que son socialmente responsables o que tienen buenas prácticas. La reconfiguración del Estado a partir de políticas neoliberales, y el poder que bajo dichas políticas han adquirido las grandes empresas, nos permite evidenciar que no nos enfrentamos a algunos inversores codiciosos o a empresas que a veces pierden su rumbo. Por el contrario, estamos ante un cambio en los principios constitutivos del Estado para favorecer aún más los intereses privados, los cuales generan unas condiciones de posibilidad para el incremento desmesurado del poder corporativo (Mantilla, 2021).

En este sentido, dicha reconfiguración del Estado también nos permite ver el desafío al que nos enfrentamos, pues las corporaciones no serían este actor con poder económico al que tenemos que frenar para que cese en su intento de capturar las instituciones públicas y de violar derechos humanos, sino un actor con un lugar tan privilegiado como para haber cambiado las reglas de juego, ya no del mercado sino del Estado mismo.

1.2.3. Reconfiguración normativa para favorecer el poder corporativo

El cambio en las reglas del juego y la manera como irrumpió el poder corporativo en la comprensión del Estado tuvo un impacto en el derecho. Como sitúa Juan Hernández (2009), los sistemas normativos y sus principios esenciales, tal como los concibió el liberalismo clásico, se encuentran en crisis[29]. La visión

[29] Tales como la legalidad, el monopolio normativo del Estado y la jerarquía normativa (Hernández, 2009).

de Hayek sobre Estado, democracia y derecho que esbozamos anteriormente, pone en evidencia que el derecho privado se privilegió —bajo dicha visión— como la fuente normativa legítima, disputando al derecho público posibilidades de regulación. Así, las normas comerciales globales comenzaron a permear los ordenamientos legales para que estos se adecuaran a las necesidades de las grandes corporaciones. Pasamos, así, a privilegiar lo privado sobre lo púbico, a normalizar que la toma de decisiones públicas se dé en espacios de confluencia de actores privados, y a normalizar un lenguaje de impactos e intereses sobre un lenguaje de derechos (Hernández, 2009).

La reconfiguración del Estado, que dio paso a un Estado corporativo, alteró no solo principios democráticos básicos sino las normas jurídicas que de ellos se desprenden. Por ello, que actualmente tengamos una pirámide normativa donde las normas comerciales pretendan estar por encima de normas de carácter público —dentro de las que se encuentran las de derechos humanos[30] — no debe ser analizado como un proceso natural e inevitable (Hernández, 2009), sino como el resultado de la reconfiguración estatal y del poder corporativo mencionadas anteriormente, desviando las pretensiones de justicia que idealmente persigue el sistema jurídico, y reafirmando aún más la democracia como un procedimiento formal que está orientado a garantizar la operatividad de las corporaciones en la economía. Este impacto lo podemos observar, al menos, en dos aspectos que resultan relevantes para enfrentar el problema de regulación de las empresas frente a posibles violaciones de derechos humanos: en las fuentes del derecho, es decir, la fuente que se considera legítima para la regulación pública, y en las partes que tienen legitimidad para la toma de decisiones de carácter público.

Reconfiguración de la fuente de regulación o la asimetría normativa[31]

Frente a lo primero, es importante traer a colación la interpretación que ha hecho Juan Hernández (2009) de la *Lex Mercatoria* bajo políticas neoliberales. Con este concepto, que originalmente se refiere a las normas de carácter mercantil, Hernández propone describir y analizar la manera como se ha venido configurando un derecho trasnacional en el marco del proceso de globalización, o un "derecho global comercial", bajo el que los tratados comerciales multilaterales o bilaterales, las reglas de instituciones como la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, se convierten en fuente normativa suprema, desplazando las legislaciones nacionales e incluso el derecho internacional de los derechos humanos.

Sin embargo, no se trata únicamente de un desplazamiento sobre la "importancia" de unas fuentes sobre otras, sino de la producción normativa y el tipo de "fuerza" que tienen. Así, como lo describe Vargas (2021), mientras jurídicamente los contratos de inversiones de las empresas son protegidos por normas, tratados y convenios de todo tipo, no se adoptan mecanismos jurídicos fuertes que contrarresten los impactos, daños y mucho menos las violaciones de derechos que pueden cometer las empresas: "*en resumen, hard law cuando son amenazados los intereses corporativos y soft law cuando las empresas transnacionales violan derechos humanos*" (Vargas, 2021, p. 83).

[30] Un buen ejemplo de la alteración del sistema normativo jerárquico lo trae a colación John Ruggie (2018), quien sitúa que el discurso de los derechos humanos está inspirado en el supuesto de una jerarquía que reside en la importancia de los derechos desde un punto de vista moral y jurídico, pero toma como ejemplo un informe que presentó la Comisión para el Derecho Internacional a la Asamblea General de las Naciones Unidas en el que se concluía que "desde una perspectiva realista, no cabe recurrir a ningún metasistema jerárquico homogéneo" en el orden jurídico internacional. Por ello, Ruggie sitúa que los Principios Rectores en Empresas y Derechos Humanos "parten de un enfoque distinto" (Ruggie, 2018, p. 77).

[31] El concepto de asimetría normativa en el contexto de empresas y derechos humanos, es definido como el esquema bajo el cual, "los derechos de las empresas transnacionales se tutelan por un ordenamiento jurídico global basado en reglas de comercio e inversiones cuyas características son imperativas, coercitivas y ejecutivas, mientras que sus obligaciones se remiten a ordenamientos nacionales sometidos a la lógica neoliberal, a un Derecho Internacional de los Derechos Humanos manifiestamente frágil y a una responsabilidad social corporativa voluntaria, unilateral y sin exigibilidad jurídica" (Hernández, González y Ramiro (eds.), 2012).

La lógica que subyace semejante inversión es garantizar la seguridad jurídica y la estabilidad del mercado, que son objetivos que las grandes corporaciones han logrado posicionar como si fueran intereses públicos; es decir, han logrado que sea difícil controvertir este orden actual de las cosas, pues el *interés común estatal-corporativo* al que se hizo referencia anteriormente, ha logrado el posicionamiento de los intereses privados como si fueran intereses compartidos, públicos y para el bienestar social. Esto explica que incluso algo tan evidente como exigir deberes para las empresas en el marco de los derechos humanos, y que existan normas obligatorias para responsabilizar a las corporaciones en caso de que violen derechos humanos, sea considerado como un exabrupto legal.

El ejemplo clásico de esta asimetría normativa se encuentra en los Tribunales de Arbitraje para dirimir controversias de inversión. Se trata de mecanismos de solución de controversias diseñados para que las empresas transnacionales puedan demandar a los Estados si consideran que alguna de sus decisiones ha afectado su inversión. Aunque volveremos sobre este tema en la tercera sección del texto, vale la pena situar que estos mecanismos de solución de controversias son un ejemplo clásico de esta asimetría y de la *Lex Mercatoria* porque, mientras proveen a las empresas de herramientas fuertes para hacer valer "sus derechos", dejan sin herramientas a los Estados y a las personas o comunidades afectadas por la operación empresarial. Esto ocurre porque, mientras que los Estados no pueden acudir a este mismo mecanismo para demandar a las empresas si estas infringieron alguna norma, ya que se trata de un proceso unilateral en el que solo los Estados pueden ser demandados, las personas o comunidades afectadas no cuentan actualmente con ningún mecanismo de alcance internacional que les permita demandar a las empresas para evidenciar daños o violaciones de derechos cuya responsabilidad se les pueda atribuir en el marco de sus inversiones.

Reconfiguración de los sujetos que toman decisiones públicas: los escenarios multiactor

El segundo aspecto que resulta relevante para enfrentar el problema de regulación de las empresas frente a posibles violaciones de derechos humanos está relacionado con las partes que tienen legitimidad para la toma de decisiones de carácter público, y que tiene toda relación con las fuentes normativas. Que las fuentes legítimas de las que emana el derecho sean aquellas que se derivan del derecho privado, parte de considerar a los agentes privados y sus intereses como actores que *deben* hacer parte del proceso de construcción normativa.

Es así como los escenarios de democracia representativa han dado paso a otro tipo de espacios donde ya no participan, o al menos no solamente, quienes han sido elegidos por voto popular para la toma de decisiones públicas, sino también distintas *partes interesadas* que confluyen para el diálogo y la toma de decisiones, así como para la construcción de regulaciones y normas. Este esquema de "gobernanza", donde no participan exclusivamente los Estados, se les conoce como *Gobernanza multiactor, Gobernaza multipartes o Multistakeholderism* (Vallejo & Hauselmann, 2004).

Este nuevo esquema ha tenido buena acogida y una amplia aceptación pública, sin que la comunidad internacional haya examinado su legitimidad o efectividad. Al respecto, Gleckman (2018) ha señalado una serie de presunciones y de creencias sobre estos espacios multiparte o multiactor que contribuyen a crear una percepción generalizada sobre su legitimidad. Por ejemplo, la percepción de que en esos espacios se puede dar una solución a asuntos que los gobiernos no han sido capaces de resolver. Se asume que la resolución de los problemas actuales por parte de las instituciones multilaterales ha sido un fracaso, y que el sector empresarial puede aportar innovación y dinamismo, a pesar de que las soluciones que puedan emanar sean más bien cosméticas o que no busquen generar cambios estructurales. Esto pasa porque la intención de estos espacios no es regular, sino que "todos los intereses" estén representados.

Esto lleva a que la participación de los gobiernos tienda a ser cada vez más marginal o reducida en las estructuras de gobernanza multiparte, pues se reemplaza a los gobiernos que representan los Estados por las "partes interesadas". El poder queda así depositado en manos de personas que no han sido elegidas por la ciudadanía, sino de quienes representan intereses particulares que no necesariamente dialogan con las necesidades de la sociedad. La democracia pasa a ocupar así un lugar secundario, y la garantía de derechos de la ciudadanía queda a merced de intereses particulares.

Al respecto, Gleckman (2018) también apunta que el estatus de parte interesada que adquieren las corporaciones al participar en este tipo de espacios multiactor las reviste de legitimidad suficiente para tomar decisiones que afectarán a toda la sociedad, sin que necesariamente se discuta su responsabilidad en la generación de los problemas bajo discusión, y sin que se analicen los intereses que subyacen a su participación voluntaria en los mencionados espacios[32]. Pareciera que estar de acuerdo en la gravedad del problema y en la necesidad de generar un espacio para tratarlo, fuera suficiente como para que los conflictos de interés dentro del mismo espacio puedan ser superados. Se asume, además, que es posible que haya una toma de decisiones equitativa, ignorando las asimetrías de poder que existen en estos espacios, así como las diferentes capacidades de cada uno de los participantes de implicarse o participar (Gleckman, 2018).

En suma, si tomamos estos dos elementos de la reconfiguración del derecho bajo el Estado corporativo (fuentes y partes) tenemos un panorama muy distinto a otros en los que se han dado disputas por el avance de los derechos humanos. Si el interlocutor en otras reivindicaciones para el avance de los derechos era el Estado o la comunidad internacional, ahora debemos contar con el *poder regulador corporativo* que dio paso a la reconfiguración de, al menos, tres cuestiones relevantes: (i) la fuente del derecho, pasando a legitimar como fuente creadora del derecho el cuerpo normativo corporativo global; (ii) la fuerza normativa que deben tener ciertas regulaciones, lo que nos tiene discutiendo marcos voluntarios en escenarios que, por su gravedad, demandan normas obligatorias; (iii) las partes que elaboran los marcos regulatorios, lo cual cambió escenarios de deliberación para la toma de decisiones públicas por espacios multiactor que representan y privilegian intereses privados.

Cuando nos referimos a la cuestión de empresas y derechos humanos, y a los polos que dividen jurídicamente la discusión, no estamos entonces frente a una discusión técnica sobre el mejor marco aplicable de acuerdo con el derecho nacional o internacional. Estamos frente a una restructuración del Estado, frente a una nueva dimensión y comprensión del poder corporativo y ante una reingeniería del derecho y de sus principios.

1.3. Conclusión. La cuestión de fondo tras la voluntariedad y la obligatoriedad: cómo comprendemos el Estado, las corporaciones y el derecho.

Al inicio de esta sección señalábamos que el debate sobre la voluntariedad y la obligatoriedad en los marcos regulatorios que resuelvan la relación entre el actuar corporativo y los derechos humanos no era la cuestión realmente importante. Por supuesto que es relevante continuar discutiendo la importancia de que los *marcos obligatorios* sean los que regulen a las corporaciones, y lo seguirá siendo mientras los *marcos voluntarios* continúen avanzando en su posicionamiento como la mejor opción normativa para alcanzar dicho objetivo. Lo que nos interesa situar, sin embargo, es la importancia de salir de la discusión jurídica para ubicar los debates que en realidad subyacen a la disyuntiva normativa entre lo voluntario

[32] Un ejemplo de qué tan lejos se puede llegar con el multistakeholderism es que la Cámara de Comercio Internacional, que representa a sectores empresariales del mundo, tenía hasta el 2016 estatus consultivo en Naciones Unidas, lo cual le permitía participar en el proceso del Tratado Vinculante y hacer cabildeo. En 2021 adquirió el estatus de "miembro observador", lo cual es insólito porque dicho estatus únicamente había sido otorgado a países que no eran parte de Naciones Unidas, tales como Palestina o el Vaticano, o a organizaciones intergubernamentales como la Unión Europea (Vargas, 2021 p. 100).

y lo obligatorio, o lo que nos estamos jugando cuando hablamos de estas dos alternativas. Ello se puede condensar, a partir de los planteamientos previos, en tres cuestiones relevantes: nuestra comprensión del Estado, las corporaciones y el derecho.

Voluntariedad vs. obligatoriedad frente a nuestra comprensión del Estado:

Acogiendo la tesis del Estado corporativo, las discusiones sobre las diferencias entre los marcos voluntarios u obligatorios deben tener en cuenta que en realidad estamos contendiendo sobre el tipo de Estado que demandamos bajo cada una de estas alternativas. Ambas opciones regulatorias nos interrogan sobre la posición del Estado frente a las corporaciones y por el tipo de regulación que desde el Estado se les *debe exigir*.

En los debates sobre la voluntariedad y la obligatoriedad, es común que se hagan recuentos históricos sobre los orígenes de cada uno de dichos marcos y de sus expresiones más concretas (principios, tratados, directrices, etc.), mostrando sus "pros" y sus "contra", o señalando rutas para encontrar caminos de "complementariedad" entre ambos tipos de regulación, comprendiendo ambas opciones como "cajas de herramientas" que estarían a la mano de Estados, organizaciones y empresas para avanzar en mejorías en el campo de los derechos humanos, y como una vía pragmática para lograr dichos avances[33].

Sin embargo, continuar en este marco de la discusión despolitiza la cuestión de fondo, pues nos pone a debatir sobre las alternativas sin analizar las implicaciones que ambas tienen más allá de lo normativo. Este foco jurídico, basado en una supuesta complementariedad de ambas estrategias, pierde de vista la realidad sobre la que recaen las regulaciones, voluntarias u obligatorias, y pasa por alto que la opción que logre posicionarse en el plano normativo impulsa la reconfiguración del Estado para profundizar su carácter corporativo, o para revertirlo y dotarlo de carácter democrático.

La prevalencia de los marcos voluntarios, con la desregulación que suponen, conducirá a la profundización del Estado corporativo, pues las empresas seguirán siendo actores exentos de responsabilidad, al tiempo que continuarán posicionando sus intereses privados como intereses públicos. Por el contrario, la prevalencia de marcos obligatorios puede contribuir a equilibrar la balanza, al dotar a la ciudadanía, a la sociedad civil y, sobre todo, a las personas y comunidades afectadas por el poder corporativo, de herramientas concretas para poner en cuestionamiento el poder de las corporaciones y las violaciones de derechos y crímenes que se deriven de su accionar. Por ello, apostar por marcos obligatorios es la exigencia de un Estado en el que los intereses particulares no se tomen el Estado para su propio beneficio.

Voluntariedad vs. obligatoriedad frente a nuestra comprensión de la corporación:

Si acogemos la tesis del Estado corporativo, que propone que estamos ante la reconfiguración de funciones del Estado que generan unas condiciones para que el poder de las corporaciones se expanda, resolvemos la discusión sobre marcos voluntarios u obligatorios favoreciendo estos últimos. Con base en ello podemos comprender que la discusión sobre los daños que generan las empresas no reside en una presunción negativa sobre las empresas como punto de partida, o en la creencia de que existen "buenas" o "malas" empresas que pueden corregir su operación mediante políticas de responsabilidad social empresarial.

[33] Un ejemplo de este marco de los debates se encuentra en algunos de los artículos que hacen parte del libro "Empresas y Derechos Humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa. Entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil", editado por César Rodríguez Garavito. En el texto que John Ruggie publica en este libro, por ejemplo, describe el enfoque en el que se inspiró para crear los Principios Rectores como uno de "pragmatismo de principios", el cual parte de las necesidades de los distintos actores en un sistema amplio de "gobernanza" como los Estados, las empresas, los individuos y las comunidades afectadas (Ruggie, 2018, p. 78).

Nos encontramos ante unas condiciones estructurales que han sido configuradas para favorecer el interés corporativo, bajo las que las empresas tienen ventajas (que están generalmente protegidas por normas obligatorias) y bajo las que pueden generar daños o perjuicios (que están escasamente reguladas por normas obligatorias y mayoritariamente por normas voluntarias) provocando y profundizando asimetrías ya existentes. Cualquier empresa, por buenas intenciones que tenga, puede, bajo estas condiciones de posibilidad, causar daños, violar derechos y cometer crímenes.

La discusión sobre voluntariedad y obligatoriedad no busca, entonces, demonizar a las corporaciones, sino entender su naturaleza y tomarla como punto de partida —así como las condiciones favorables actuales bajo las que operan— para comprender que es necesario establecer regulaciones de carácter obligatorio que les impongan deberes, un régimen de responsabilidad jurídica y medidas concretas de justicia en caso de que violen derechos. Tomar en serio la naturaleza de las corporaciones pasa, entonces, por desmitificar las características y virtudes que algunos actores les atribuyen en el debate público, tales como su autonomía, eficiencia y comportamiento ético y responsable, y entender que simplemente estamos frente a entes privados que persiguen el lucro. Por ello, es legítimo que sean regulados para impedir que, en dicha búsqueda, causen daños y violen derechos humanos.

Voluntariedad vs. obligatoriedad frente a nuestra comprensión del derecho y de la justicia:

Si acogemos la tesis del Estado corporativo, bajo la cual se reconfiguró la manera como entendemos la democracia y el derecho, la disyuntiva entre marcos voluntarios y obligatorios también se resuelve a favor de estos últimos. Recuperar la noción de la obligatoriedad de las normas para cualquier persona que las infrinja —a menos que estemos pensando en un cambio normativo sobre la manera como concebimos la responsabilidad para el conjunto de la sociedad— es importante para garantizar el principio de igualdad en la manera como entendemos y aplicamos la justicia.

Permitir que las empresas autorregulen su comportamiento y mantener el vacío legal en cuanto a su responsabilidad por violaciones de derechos humanos, perpetúa una desigualdad respecto de otros actores que sí están sujetos a sistemas judiciales, privilegiando un sistema selectivo que permite y avala la impunidad. Por ello, en lo que respecta al derecho, exigir marcos obligatorios hace parte de una reivindicación más amplia por crear normas que sean realmente democráticas, que apunten a la garantía de los derechos y que respondan de manera efectiva a las injusticias que se derivan del desbalance de poder creado por el lugar que hemos permitido que tengan las corporaciones en nuestra sociedad.

2

EL FRACASO DE LA VOLUNTARIEDAD: ANÁLISIS DE LOS PLANES NACIONALES DE ACCIÓN ADOPTADOS POR COLOMBIA

En el complejo panorama de reconfiguración del derecho bajo un Estado corporativo, diferentes países optaron por impulsar marcos voluntarios para abordar la cuestión sobre empresas y derechos humanos, incluyendo a Colombia. Esta dirección normativa se ha materializado en los llamados Planes Nacionales de Acción en Derechos Humanos y Empresas (PNA), los cuales no atacan las condiciones estructurales que han sido configuradas para favorecer el poder corporativo, con el agravante de que son una tendencia normativa bien posicionada en varios Estados. Esto resulta no solo problemático sino preocupante, pues las violaciones de derechos humanos que se derivan de operaciones empresariales representan un problema de gran magnitud, para el que requerimos soluciones proporcionales, eficaces y contundentes.

Responder al poder corporativo y a la impunidad en la que quedan las violaciones de derechos humanos que se derivan de su accionar con un marco voluntario como el PNA, es inconducente desde un punto de vista político y jurídico, y en este apartado nos proponemos mostrar las razones que nos llevan a esta conclusión. Para ello, en primer lugar, señalaremos las principales críticas que se han situado frente a los PNA como el instrumento que ha materializado los marcos voluntarios en varios países. En segundo lugar, nos centraremos en brindar un análisis crítico del PNA vigente en Colombia, tanto en su diseño como en sus resultados. Finalmente, en el tercer apartado de esta sección, presentaremos las razones que nos llevan a concluir que la insistencia en los Planes Nacionales de Acción va en detrimento de la construcción de regulaciones sólidas que realmente puedan ofrecer garantías a las personas y comunidades afectadas por la operación empresarial.

2.1. Los PNA son parte del problema de la impunidad del actuar corporativo.

Los Planes Nacionales de Acción son instrumentos desarrollados en diferentes países desde 2014, en respuesta al llamado del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas de promover la implementación de los Principios Rectores de Naciones Unidas (Oficina del Alto Comisionado en DDHH de las Naciones Unidas, 2011) en los respectivos contextos nacionales. Según el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (2016), cuyo encargo es precisamente la amplia difusión e implementación de los PRNU[34], el proceso para el desarrollo de los PNA es la oportunidad para generar política pública con base en esos principios, con el objetivo de proteger derechos frente los impactos adversos de la operación empresarial.

Para ello, el Grupo de Trabajo señala que el proceso de formulación de los PNA debería cumplir con cuatro requisitos: basarse en los PRNU, contextualizarse específicamente en la realidad de cada país, emanar de procesos de diálogo y transparencia, y contar con revisiones y actualizaciones periódicas. Los PNA son, entonces, la manifestación del espíritu mismo de los PRNU, consolidando lo que John Ruggie llamó el "pragmatismo de principios", el cual rechaza las normas vinculantes por "considerarlas un exceso ideológico" (Jochnick, 2018), priorizando las acciones que poseen mayor consenso y posibilidad de producir buenos resultados prácticos, aunque no protejan plenamente los derechos humanos (Homa, 2018).

El punto de partida de esta política pública es entonces equivocado, pues los PNA no tienen el potencial para promover avances en las normativas nacionales, al impulsar un estándar muy bajo de protección de derechos humanos contra violaciones cometidas por empresas (Homa, 2018). De hecho, si los PRNU son una herramienta ampliamente criticada por las personas afectadas y las víctimas de la operación empresarial, los instrumentos que emanan directamente de ellos, tales como los PNA, no pueden estar condenados más que al fracaso. Además de partir de una base equivocada, los PNA parten de una base ambigua y abierta a interpretaciones, pues el Grupo de

[34] Resolución 26/22 de junio de 2014, aprobada en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/083/85/PDF/G1408385.pdf?OpenElement.

Trabajo omitió dar directrices específicas a los países para que desarrollen los PNA; tampoco indicó normativas internacionales a ser respetadas y ratificadas por los Estados, ni fijó exigencias concretas en términos de resultados o de criterios para su evaluación (Homa, 2016).

Pero estos puntos de partida equivocados no han sido obstáculo para el avance de estos instrumentos. Por el contrario, los PNA han reforzado el consenso que sus defensores se han empeñado en diseminar: que el foco normativo para regular a las empresas debe ponerse en los deberes del Estado con los derechos humanos, y que las empresas no tienen obligaciones de las que se deban derivar responsabilidades jurídicas, sino solamente responsabilidades morales de carácter secundario, provenientes de expectativas sociales de protección y respeto de los derechos humanos (Homa, 2016). La responsabilidad de las empresas queda, de esta manera, situada nuevamente en el plano de la voluntariedad, y los PNA terminan por ser un instrumento absolutamente inocuo en la transformación de marcos normativos para la garantía de los derechos de las comunidades afectadas.

Se podría decir, entonces, que los PNA como instrumento desproveen a las comunidades afectadas de la operación empresarial de un verdadero ejercicio de exigibilidad, pues al dejar esta discusión en el plano de la voluntariedad, y al obviar los patentes desequilibrios de poder entre corporaciones y comunidades afectadas, se ignora una realidad evidente: las empresas cuentan con grandes recursos y capacidad de incidir en el diseño de las políticas públicas, mientras que las comunidades afectadas suelen carecer de recursos técnicos y a menudo se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

Por ello, seguir apostándole a la línea que proponen los PRNU, tal y como hacen los PNA, deja por fuera del debate la necesidad de caminar hacia una verdadera agencia de las comunidades afectadas (Melish, 2018) y contribuye al fortalecimiento de la arquitectura de impunidad que cobija al poder corporativo. Por ello afirmamos que los PNA son parte del problema, pues "*son justamente estos instrumentos los que diluyen el marco de responsabilidad que debería fijarse en términos de derechos humanos y empresas*"[35]. Como veremos en el siguiente apartado, El PNA colombiano es un ejemplo ilustrativo de esta afirmación.

2.2. El Plan Nacional de Acción de Colombia no es la respuesta a las violaciones de derechos humanos en el país.

En el contexto descrito previamente, Colombia decidió adoptar un Plan Nacional de Acción en el año 2015, con lo que el país se posicionó a la vanguardia del debate regional, siendo el primer Estado, fuera de Europa, en aprobar su PNA. Posteriormente, este plan fue actualizado en 2020, adoptándose el PNA que está actualmente vigente, denominado "*Plan Nacional de Acción de Empresas y Derechos Humanos: 2020 – 2022. Juntos lo hacemos posible*"[36]. Que Colombia haya optado por acoger este instrumento voluntario para abordar la cuestión de empresas y derechos humanos tiene como problema de origen el hecho de que replica los inconvenientes estructurales de los PNA. Si a ello le sumamos la manera problemática como Colombia "aterrizó" los PRNU a este instrumento de política pública, tenemos un panorama desolador.

Al respecto, la Mesa Nacional de Organizaciones de la Sociedad Civil sobre Empresas y Derechos Humanos[37], ha señalado insistentemente cómo los PNA elaborados por Colombia adolecen de vacíos en

[35] Entrevista a Rosa María Mateus del Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" – CAJAR, agosto, 2022.
[36] Plan Nacional de Acción 2020 – 2022. Juntos lo hacemos posible. Disponible en: https://derechoshumanos.gov.co/Areas-Trabajo/Empresas-DDHH/Paginas/101220-30000-empresas-PNA.aspx
[37] La Mesa de Organizaciones de la Sociedad Civil sobre Empresas y Derechos Humanos, de la cual SIEMBRA hace parte, es un espacio de confluencia de plataformas, organizaciones no gubernamentales y organizaciones sociales defensoras de derechos humanos y ambientales de Colombia, que tiene como fin el diálogo, la disertación, los aprendizajes mutuos y la búsqueda de propósitos comunes alrededor de la operación empresarial en el país.

términos de diagnósticos previos, pues desconoce los hechos que constituyen la violación sistemática de derechos humanos por parte de las empresas en el país, y de participación efectiva de la sociedad civil, pues no se surtieron procesos de consulta previa, libre e informada con pueblos étnicos, ni se realizaron consultas amplias del texto con la participación de las organizaciones ni comunidades afectadas[38].

Estas críticas también se basan en que los dos Planes Nacionales de Acción se construyeron en un contexto de gobiernos que, a través de distintas políticas, favorecieron a las corporaciones de sectores como el extractivo[39]. Estos instrumentos son una clara muestra del *interés común estatal-corporativo* mencionado en la primera sección del texto, que ha logrado posicionar los intereses privados como si fueran intereses para el bienestar social, al proponer la garantía de derechos humanos como una *ventaja competitiva,* y al poner en el centro del Plan a las empresas como "impulsoras de desarrollo". Esto último con la excusa de la reactivación económica a causa del Covid-19 (CPDHAI, 2020), tal como lo propone el Plan actual.

Para entender mejor cómo se traduce este enfoque voluntario en las acciones concretas que propone el PNA vigente, nos permitimos exponer su estructura y contenidos. El Plan contempla "acciones" a cargo de diferentes entidades del Estado, las cuales tendrían como objetivo, a su vez, apuntar a desarrollar los tres pilares fundamentales de los PRNU. Este Plan establece la implementación de 95 acciones a cargo de 34 entidades, distribuidas en ejes que responden a cada uno de los tres pilares: Proteger, Respetar y Remediar, tal como se muestra en la siguiente tabla.

Tabla 1: Estructura del PNA 2020 – 2022

Pilar 1: El deber del Estado de proteger los derechos humanos.	**El conocimiento geológico, geofísico y geoquímico es aceptable, con potencial para el hallazgo de minerales estratégicos, en particular oro, platino y cobre, con una calificación entre 4.4 y 5.0.**
	Eje 2: Fomentar la creación de normatividad y estrategias que promueva el respeto de los derechos humanos en el desarrollo de actividades empresariales.
	Eje 3: Difusión del Plan Nacional de Acción de Empresas y Derechos Humanos y de instrumentos y estrategias relacionadas con la promoción de estos derechos.
	Eje 4: Promover la inclusión y la no discriminación en la actividad empresarial.

[38] Ver los pronunciamientos de la Mesa de OSC sobre Empresas y Derechos Humanos. Disponibles en: https://www.ciedhcolombia.org/mesaedh#:~:text=La%20Mesa%20Nacional%20de%20OSC,)%3B%20grupos%20acad%C3%A9micos%20y%20organizaciones.

[39] Desde el gobierno de Álvaro Uribe (2002 – 2010) y profundizándose con el de Juan Manuel Santos (2010 – 2018) y la locomotora minera, "el sector extractivo estuvo en el centro de la política encaminada a estimular la inversión extranjera y preservar la seguridad para el inversionista" (Pardo, 2018). Esto ha permitido que las corporaciones mineras y de hidrocarburos hayan logrado, por ejemplo, la conformación de un marco tributario privilegiado: existen 229 beneficios tributarios y otras deducciones que "explican que las empresas mineras y de hidrocarburos se encuentren entre las que menos contribuyen al fisco nacional por concepto del impuesto de renta" (Pardo, 2018).

Pilar 2: El deber de las empresas en el respeto de los derechos humanos.	**Eje 1: Dotar a las empresas de herramientas con el fin de que cumplan su responsabilidad de respetar los derechos humanos.** **Eje 2: Fomento de la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos.** **Eje 3: Capacitar a las empresas públicas y privadas en la necesidad de mitigar las consecuencias sobre las posibles afectaciones a los derechos humanos en razón a sus operaciones o productos o servicios prestados haciendo énfasis en aquellas que se encuentran en la región.** **Eje 4: Llevar un seguimiento sobre como las acciones de las empresas impactan los derechos humanos.**
Pilar 3: El acceso a los mecanismos de reparación.	**Eje 1: Acceso a los mecanismos judiciales de reparación.** **Eje 2: Acceso a los mecanismos no judiciales de reparación.**

Fuente: Elaboración propia a partir del Plan Nacional de Acción 2020 – 2022.

Adicionalmente, cada uno de los ejes plantea las acciones que deberían emprenderse para desarrollar los tres pilares y aterrizar, en lo concreto, lo que tendría que hacer cada una de las entidades involucradas para implementarlo. Incluso, más allá de desarrollar cada pilar, se supone que las acciones en su conjunto deberían llevar a cumplir el objetivo más amplio del PNA, consistente en que el Estado proteja los derechos humanos, exija deberes a las empresas y garantice el acceso a la justicia para las comunidades afectadas. Sin embargo, en su gran mayoría, las acciones están planteadas en los mismos términos que los ejes, esto es, en acciones de *promover* el respeto de los derechos humanos, *divulgar* hojas de ruta, *diseñar* lineamientos, *fomentar* la debida diligencia o *crear conciencia* sobre buenas prácticas. Son acciones absolutamente inocuas que no dan respuestas claras a las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas y menos a prevenir su repetición.

Además, las acciones se concentran en el deber de los Estados y no en responsabilidades directas para las empresas, reforzando el consenso de los PRNU. Así, al deber del Estado de proteger los derechos humanos se le atribuyen alrededor del 60% de las acciones del PNA, mientras que al deber de las empresas de respetar los derechos se le atribuyen tan solo el 24% de las acciones del instrumento, dejando tan solo un 16% de acciones al acceso a mecanismos de reparación.

Teniendo claridad sobre los contenidos del PNA, pasamos ahora a analizarlo con base en las respuestas a derechos de petición brindadas por 23 entidades[40] encargadas de su implementación sobre 65 de

[40] SIEMBRA envió derechos de petición a las siguientes entidades: Ministerio del Trabajo; Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales; Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; PROCOLOMBIA; Departamento Administrativo para la Prosperidad Social; Agencia Nacional de Infraestructura; Dirección Nacional de Planeación; Departamento Administrativo Nacional de Estadística; Ministerio de Justicia; Ministerio del Interior; Ministerio de Cultura; Ministerio de Relaciones Exteriores; Consejería Presidencial para la Competitividad y la Gestión Público Privada; Consejería Presidencial para la Estabilización y Consolidación; Autoridad Nacional de Licencias Ambientales; Superintendencia de Industria y Comercio; Ministerio de Agricultura, Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Transporte, Ministerio de Defensa, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible; y Ministerio de Hacienda.

las 95 acciones propuestas[41], en entrevistas realizadas a siete organizaciones que acompañan o lideran procesos de defensa del territorio contra empresas en el país[42], y en la propia experiencia de SIEMBRA en el acompañamiento a comunidades afectadas.

Para presentar el análisis del PNA nos concentraremos en cuatro aspectos: la debilidad del instrumento, contrastando la coherencia entre las acciones específicas diseñadas por el PNA y los PRNU; la transparencia del proceso que llevó a construir el PNA actual, lo que nos lleva a dudar de la veracidad de los espacios dispuestos para contar con una política pública participativa; los órganos que están llamados a hacer el seguimiento y la coordinación del Plan, para poner en evidencia que no funcionan y que, por lo tanto, el control y seguimiento de las acciones que contempla se quedan en el papel; finalmente, el nivel de cumplimiento del Plan, para situar que su implementación no ha tenido ningún efecto en la realidad de las comunidades afectadas por la operación empresarial.

2.2.1. El PNA: Un instrumento doblemente débil.

En este apartado analizaremos la formulación y coherencia de las acciones de cada uno de los pilares del PNA con respecto a los contenidos de los Principios Rectores. Resulta relevante hacer este análisis considerando que estos principios son la guía del PNA. Como se verá enseguida, es preocupante que las acciones propuestas por el Plan en Colombia ni siquiera cumplan con estos mínimos estándares, haciendo doblemente débil el instrumento, si tenemos en cuenta que el PNA ya nace con las debilidades propias de los PRNU y de los marcos voluntarios.

Pilar 1: El deber del Estado de proteger los derechos humanos en los contenidos del PNA 2020-2022

En este pilar se establece que el Estado colombiano debe adoptar las medidas necesarias para prevenir, investigar, castigar y reparar los impactos de la operación empresarial mediante políticas adecuadas, modificaciones normativas y mecanismos de acceso a la justicia (CPDHAI, 2020).

Frente a la acción de prevenir, el 38% de las acciones se limitan a la difusión del PNA y sensibilizaciones en el tema de empresas y derechos humanos a funcionarios y empresas. Es inadmisible que, después siete años desde la publicación del primer PNA, no se haya avanzado en acciones más allá de las socializaciones, como si la violación de derechos humanos derivadas de actividades empresariales tuviera como causa la falta de información y no el desmesurado poder corporativo que les permite a las empresas evadir sus responsabilidades por las violaciones de derechos que cometen.

Aun así, la difusión del Plan no ha tenido ningún resultado, pues es un instrumento que no ha aterrizado en los territorios y que no resulta ser una herramienta de disputa para las organizaciones que se enfrentan a empresas por casos de violaciones de derechos humanos. Para ninguna de las organizaciones entrevistadas es un instrumento relevante ni ha sido una herramienta que han utilizado en su ejercicio de exigibilidad de derechos: *"no es un instrumento que atienda las realidades que ya se han logrado constatar y comprobar por varias comunidades, organizaciones y que incluso han estado enmarcadas en sentencias judiciales"*[43].

[41] Es de suponer que todas las acciones que propone el PNA apuntan la cuestión de empresas y derechos humanos; sin embargo, algunas acciones distan mucho de este objetivo. Por ello, decidimos preguntar sobre las que tenían alguna relación.
[42] Entre los meses de agosto y septiembre de 2022 se realizaron entrevistas a las siguientes organizaciones: Asoquimbo, Censat Agua Viva, Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, Colectivo Socio-Ambiental Juvenil de Cajamarca, Comisión Colombiana de Juristas, FIAN Internacional, y Pensamiento y Acción Social.
[43] Entrevista a Rosa María Mateus del Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" – CAJAR, agosto, 2022.

Por otro lado, las únicas acciones que establece el PNA encaminadas a investigar, son las que se refieren a la construcción de mapas de riesgos; sin embargo, estas herramientas son concebidas, una vez más, para espacios de socialización y capacitaciones, negando el alcance que podrían tener en términos de prevención y sanción. Un ejemplo es la acción 1.6.1:

> "El Observatorio de la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, junto con el Sistema Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, se encargará de identificar las zonas donde se vea un posible impacto a los derechos humanos. Una vez se tenga ese análisis, el área de Empresas y Derechos Humanos, junto a los gremios empresariales y autoridades locales, se encargará de capacitar a las empresas en lo respectivo a los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos".

En cumplimiento de esta acción, la Consejería Presidencial construyó el 'Mapa de riesgo a la vulneración de derechos a la vida, libertad e integridad personal'[44], en el que las empresas brillan por su ausencia. Aparentemente ni las operaciones empresariales ni nada que se les relacione son factores de riesgo para estos mapas de vulneración de derechos. Se trata de mapas absolutamente alejados de la realidad.

En cuanto a los otros deberes del Estado, este Pilar no establece ninguna acción referente a las medidas necesarias para castigar ante los daños de la operación empresarial y mucho menos propone modificaciones normativas. Finalmente, frente al deber del Estado de reparar, su énfasis está en los mecanismos no estatales, como veremos en el Pilar 3.

Pilar 2: El deber de las empresas en el respeto de los derechos humanos en los contenidos del PNA 2020-2022.

Aun cuando el Pilar 2 se debería centrar en la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, la cual "*existe de forma independiente a que los Estados cumplan sus obligaciones*" (CPDHAI, 2020), y en ese sentido debería proponer acciones específicas a ser cumplidas por las empresas, las acciones planteadas para desarrollar este pilar recaen, una vez más, en el Estado, no para que el Estado exija deberes a las empresas, sino para que las entidades "doten" a las empresas de "herramientas" para que cumplan su responsabilidad de respetar los derechos humanos (CPDHAI, 2020).

Además, se propone cumplir con este pilar a través de dos enfoques principales: los espacios de intercambio de buenas prácticas y la debida diligencia. Situamos algunos ejemplos de las acciones que establece el PNA en este sentido:

> "La Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales junto con los gremios empresariales, el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) y las Comisiones Regionales de Competitividad generará espacios de intercambio de buenas prácticas empresariales de derechos humanos"[45].

> "La Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales debe difundir metodologías, herramientas y recomendaciones para informar los procesos de debida diligencia empresarial en DDHH"[46].

[44] El 'Mapa de riesgo a la vulneración de derechos a la vida, libertad e integridad personal' se encuentra en: https://derechoshumanos.gov.co/Observatorio/SNIDH/Paginas/modulo-mapas-de-riesgo.aspx
[45] Acción 2.1.2 del Eje 1: Dotar a las empresas de herramientas con el fin de que cumplan su responsabilidad de respetar los derechos humanos.
[46] Acción 2.2.4 del Eje 2: Fomento de la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos.

Es bastante diciente de la inocuidad de la voluntariedad, el hecho de que el pilar que debería contener responsabilidades directas para las empresas entienda el respeto de los derechos humanos como un asunto de buenas prácticas, o que lo reduzca a la debida diligencia, dejando por fuera el tema de responsabilidad jurídica para las empresas y sus cadenas de valor frente a violaciones de derechos humanos, y asumiendo que el único deber de las empresas es seguir unos procedimientos internos para prevenir y mitigar los riesgos de sus propias operaciones[47].

Pilar 3: El acceso a los mecanismos de reparación en los contenidos del PNA 2020- 2022.

Sin duda, lo más preocupante de la formulación del PNA son las acciones del Pilar 3, las cuales pretenden garantizar el acceso efectivo a los mecanismos de reparación para las comunidades afectadas, pues todas las acciones que tendrían que establecer mecanismos judiciales se quedan en la divulgación de hojas de ruta y de la normatividad relacionada con derechos humanos en las páginas web de los ministerios. En cambio, hay un claro énfasis en los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como el Punto Nacional de Contacto de Colombia de las Directrices de la OCDE, las Casas de Justicia, los Centros de Convivencia Ciudadana, los mecanismos de reclamación establecidos por las mismas empresas o por iniciativas sectoriales, o los mecanismos de rendición de cuentas de las instituciones de financiación del desarrollo.

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos ante violaciones de derechos humanos son problemáticos, pues no siempre aseguran un verdadero resarcimiento a las comunidades afectadas. Experiencias como los "reasentamientos involuntarios"[48] provocados por operaciones empresariales, en los que se dan procesos de negociación y concertación entre las empresas y las comunidades afectadas, pueden presentarse por algunos actores como mecanismos de reparación. Sin embargo, este tipo de políticas empresariales, que tienen como causa los gravísimos daños de la operación corporativa en la vida comunitaria, no solo no pueden considerarse políticas de reparación, sino que además ponen en evidencia el desbalance de poder existente. En dichos escenarios de concertación, las empresas se sientan a la mesa con todo un respaldo institucional y un gran poder económico y técnico, mientras que del otro lado están comunidades en altas condiciones de vulnerabilidad, sin recursos técnicos y en clara desventaja simbólica y política frente al problema a abordar.

Como lo señala Pensamiento y Acción Social (2019), organización que acompaña a comunidades afectadas por la operación minera de carbón en los departamentos de la Guajira y el Cesar, los procesos de reasentamientos derivados del despojo y expropiación por parte de las empresas[49] y la contaminación ambiental, en los que hoy día se encuentran estas comunidades, no han sido mecanismos de reparación efectivos, pues siguen revictimizando a las comunidades afectadas:

> "Las acciones de remedio han resultado ser experiencias de revictimización que terminan por generar un daño mayor sobre las comunidades. Los reasentamientos involuntarios del Cesar y La Guajira son un vivo ejemplo de la forma en que las comunidades afectadas por la

[47] Sobre la insuficiencia del enfoque de la debida diligencia se profundizará en la tercera sección de este documento.
[48] Para efectos de este ejemplo, los reasentamientos involuntarios se entienden como una forma de desplazamiento que contempla expropiación de tierras: "De las distintas formas de desplazamiento, uno de los más comunes y menos atendido en Colombia es el ocasionado por las actividades relacionadas con programas de desarrollo que contemplen expropiación de tierras; este desplazamiento se ha denominado "desplazamiento involuntario o por desarrollo". Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz (Indepaz). En: Megaminería y reasentamientos forzados en Colombia. p. 8.
[49] En el departamento de la Guajira las empresas que operan la mina El Cerrejón son: Coal Marketing Company Ltd.,110 Cerrejón Zona Norte S.A., Carbones del Cerrejón LLC y Cerrejón Coal (Bermuda) Ltd. En el departamento del Cesar las empresas son: Drummond, Prodeco-Glencore y Colombian Natural Resources, (CNR).

> minería de carbón han sido doblemente vulneradas por parte del mismo actor empresarial. Las demoras en la negociación y el cumplimiento del reasentamiento, la exposición a un entorno contaminado durante el periodo de negociación, el abandono del gobierno local como resultado de la orden de reasentamiento, las amenazas, seguimientos y demás formas de intimidación, así como las limitaciones para una adecuada participación durante la negociación sobre las condiciones del reasentamiento, la falta de reconocimiento de su vocación rural y de su relacionamiento con el territorio, entre muchas otras, son evidencia de este fenómeno de doble victimización (...)".

Es más, lo que en la práctica sucede es que ni siquiera se están cumpliendo esos procesos mínimos de indemnización o compensación. "*Estamos cada vez más lejos en estos procesos de garantizarle a la gente una restitución de sus derechos. Creo que aquí sí es el triunfo del poder corporativo, el triunfo de las empresas y la destrucción de los modos de vida y del territorio*"[50].

Este es un claro ejemplo de que cuando las empresas son legítimas depositarias de autoridad para manejar conflictos y violaciones a los derechos humanos relacionados con sus actividades, se restringen los espacios provistos por los mecanismos de exigibilidad de derechos (Grégoire y Monzón, 2017) y se profundiza la impunidad corporativa que hay en el país.

En definitiva, este instrumento no es un plan ni una ruta que nos lleve a cumplir el objetivo de que "*el Estado proteja adecuadamente los derechos humanos, las actividades empresariales sean respetuosas de estos derechos y se permita a las víctimas de afectaciones a los mismos tener acceso a una reparación efectiva*" (CPDHAI, 2020). Ninguno de los tres aspectos se cumple. Las acciones que contempla el PNA, tal como hemos visto, son acciones desarticuladas que, aunque se cumplieran en su totalidad, no harían a las empresas responsables por las violaciones de derechos humanos que cometen y no garantizarían la transformación de la situación de las comunidades afectadas por las empresas.

2.2.2. Un Plan Nacional de Acción sin transparencia

Como lo han denunciado en repetidas ocasiones distintas organizaciones sociales y la Mesa de OSC sobre Empresas y Derechos Humanos, la fase de alistamiento y concertación del actual PNA no contó con mecanismos y metodologías claras para un proceso participativo. Esto lo pudimos corroborar con las respuestas al derecho de petición enviado a la Consejería Presidencial, quien asegura no contar con la información relativa a los espacios para la construcción y concertación del Plan. De esta forma, presentaremos tres motivos por los cuales afirmamos que no hubo transparencia en dichos procesos.

En primer lugar, la fase de alistamiento para la construcción del Plan inició en noviembre de 2017 con la constitución de la Instancia Nacional de Coordinación, la cual, según la Consejería Presidencial (2020), contó "*con la participación de más de 90 organizaciones sociales, representantes de la comunidad internacional y del Gobierno colombiano*". Sin embargo, al preguntar sobre la lista de las organizaciones y los criterios que se tuvieron en cuenta para la convocatoria, la Consejería aseguró que "*no hemos encontrado el listado de las organizaciones*" y que "*los criterios fueron muy generales e inclusivos y tuvieron que ver con organizaciones que trabajaran temas relacionados con responsabilidad social empresarial y que expresaron interés*". Adicionalmente, al solicitar las recomendaciones que fueron formuladas en dichos encuentros territoriales, tampoco contaban con la información[51].

[50] Entrevista a Paula Álvarez, Pensamiento y Acción Social, junio de 2022.
[51] Respuesta a derecho de petición, CPDHAI, 7 de septiembre de 2022.

En segundo lugar, en febrero de 2018 se conformó una Mesa Técnica[52] multiactor con el fin de elaborar recomendaciones para la segunda versión del PNA, en la que solo participó la Fundación Ideas para la Paz como organización de la sociedad civil, lo cual no es representativo en términos numéricos ni da cuenta de la diversidad de visiones de las organizaciones de la sociedad civil, muchas de las cuales exigen que el camino para regular a las empresas sean las normas vinculantes. Por otro lado, esta Mesa Técnica acordó llevar a cabo siete talleres regionales, en los cuales, según la Consejería Presidencial (2020), "*participaron más de 500 personas entre empresas, organizaciones internacionales, representantes de la sociedad civil y entidades nacionales y territoriales*". Sin embargo, nuevamente la entidad afirmó en sus respuestas que no contaba con la información sobre la convocatoria, ni sobre las organizaciones que participaron en estos talleres regionales[53].

Finalmente, el proceso de concertación de las propuestas del PNA se realizó en dos etapas. La primera, en el segundo semestre 2019, mediante siete talleres regionales en diferentes departamentos. La segunda, se llevó a cabo desde agosto de 2020, con una ronda de socialización. Nuevamente, la respuesta de la Consejería Presidencial es que no cuentan con información sobre ninguno de los dos procesos[54]. Sin embargo, el 'Informe anual para el año 2021. Implementación del Plan Nacional de Acción de Empresas y Derechos Humanos 2020 – 2022', sí menciona a la Fundación Ideas para la Paz "como representante de la sociedad civil" (CPDHAI, 2022).

Estas respuestas tan ambiguas frente a preguntas que deberían arrojar respuestas precisas dejan muchos interrogantes y abren hipótesis de distinta índole. Que no brinden esta información hace pensar que hay un desorden administrativo interno que les impide brindarla, que dichos espacios de discusión del PNA no ocurrieron en realidad, o que se está ocultando la información requerida. Todas estas hipótesis son bastante preocupantes en términos de transparencia y nos permiten afirmar que el proceso ha carecido de una participación real y eficaz. En cualquier caso, de la información brindada por la Consejería sí es posible situar que desde la institucionalidad se ha concebido el derecho a la participación como una simple gestión de espacios y para ciertos intereses, pues las organizaciones que sí participaron son aquellas que pueden ratificar las ideas del gobierno, excluyendo del debate a quienes tienen otras posturas y a quienes deberían estar en el centro: las comunidades afectadas[55]. Esto es claro en la Mesa Técnica, pues la idea de sociedad civil se redujo a la invitación a organizaciones con una visión ligada a la voluntariedad y a la responsabilidad social empresarial, o a centros de corte empresarial como el Centro Regional de Empresas y Emprendimientos Responsables (CREER)[56].

[52] De acuerdo con la Consejería Presidencial en la respuesta al derecho de petición interpuesto por SIEMBRA "la Mesa Técnica está integrada por entidades y organizaciones como la Defensoría del Pueblo, representantes de los sindicatos, la Sociedad de Agricultores de Colombia y de las iniciativas multiactor, integrantes de la Comisión Asesora, Departamento Nacional de Planeación y la Agencia para la Reincorporación y Normalización, como representantes del Grupo de Trabajo Interinstitucional, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Centro Regional de Empresas y Emprendimientos Responsables (CREER), el Centro Vincular de la Universidad Católica de Valparaíso en Chile, la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), Trust Consultores, Pacto Global Red Colombia y la Fundación Ideas para la Paz".

[53] Respuesta a derecho de petición, CPDHAI, 7 de septiembre de 2022.

[54] Respuesta a derecho de petición, CPDHAI, 7 de septiembre de 2022.

[55] El Centro de Derechos Humanos y Empresas – Homa (2018) ha hecho una crítica similar en su estudio 'Planes Nacionales de Acción en Empresas y Derechos Humanos en América Latina. Análisis de Colombia, México y Chile', quien, retomando los estudios de Evelina Dagnino, analiza la participación de la sociedad civil en la construcción de los PNA de estos tres países a la luz del conflicto entre dos proyectos políticos por la construcción democrática: El Proyecto Democrático-Participativo y el Proyecto Neoliberal. Como conclusión del estudio, asegura que el modelo de participación implementado en estos tres PNA negó un poder efectivo de decisión de la sociedad civil en el proceso, "al limitar la participación a reuniones para consulta sobre un documento en camino de publicación" (Homa, 2018).

[56] CREER lideró las discusiones en el país sobre el acceso a mecanismos de remediación en el marco de actividades empresariales, que pretendió materializar tanto el pilar de Remedio de los Principios Rectores de Nacionales Unidas como los lineamientos del Plan Nacional de Acción 2015 - 2018, y cuya apuesta estuvo enfocada en fortalecer los mecanismos alternativos de resolución de conflicto - mecanismos no judiciales (PAS, 2019).

De esta forma, es claro que el gobierno entendía que, dado que el PNA aborda la cuestión de derechos humanos y empresas, los intereses de estas últimas debían estar representados para un "mejor instrumento". Teniendo en cuenta las falacias de los espacios multiactor, presentadas en la primera sección del texto, que privilegian los intereses privados sobre el interés público, tenemos como resultado procesos que no pueden ser considerados como parte de un ejercicio de garantía del derecho a la participación ciudadana.

2.2.3. Un Plan Nacional de Acción de papel

En este apartado mostraremos que los órganos que están llamados a hacer la coordinación y el seguimiento del PNA no funcionan y se quedan en el papel. El Plan establece dos órganos para este fin, creados con el primer PNA 2015 - 2018. El primero es el Grupo de Trabajo Interinstitucional sobre Derechos Humanos y Empresas, encargado de monitorear el avance de la implementación del Plan y la coordinación entre las políticas sectoriales, los programas del Estado y alcaldías y gobernaciones. Este Grupo está conformado por 21 entidades del Estado[57].

El segundo órgano es la Comisión Asesora, encargada de orientar las acciones relacionadas con la implementación del PNA. Esta Comisión debería estar conformada por sindicatos, gremios empresariales, la Defensoría del Pueblo, la comunidad internacional, la academia, las iniciativas multiactor y la sociedad civil, incluyendo organizaciones indígenas, comunidades negras y ONG, y debería sesionar cada tres meses. Sin embargo, la Comisión no se encontraba en funcionamiento hasta hace poco, pues el 13 de mayo de 2022 fue su primera sesión, a siete meses de vencerse la vigencia del PNA. De acuerdo con la información brindada por la Consejería Presidencial, esto se debe a que muchos de sus miembros no se han elegido aún. Actualmente, la Comisión está conformada por:

- Una representante de la Confederación Colombiana de ONG.
- Dos representantes del Consejo Gremial Nacional: por las empresas, un representante de la empresa Drummond Colombia Ltda., y por los gremios, una representante de la Asociación Colombiana de Minería ACM.
- Dos representantes de la Defensoría del Pueblo.
- Por las iniciativas multiactor, un representante del Comité Minero Energético.
- Por la mesa académica, un representante de la Universidad del Externado.

El hecho de que el representante de las organizaciones indígenas, las comunidades negras, los sindicatos de trabajadores —justamente quienes podrían representar a las personas afectadas— y organismos multilaterales no se hayan elegido a tan solo tres meses de terminar el PNA, da cuenta de que nos encontramos ante un PNA de papel, pues ni siquiera los órganos que están encargados del seguimiento, la orientación y la coordinación del Plan están en funcionamiento.

Además, que estos órganos no estén en funcionamiento pone en evidencia un problema de fondo del PNA. Dado su carácter voluntario y la falta de operatividad de sus órganos de seguimiento, las organizaciones de la sociedad civil no contamos con mecanismos para interponer quejas sobre la falta

[57] Las 21 entidades son: Departamento para la Prosperidad Social, Departamento Nacional de Planeación, Ministerio del Interior, Ministerio de Educación, Ministerio de Cultura, Ministerio de Trabajo, Ministerio de Ambiente, Ministerio de Agricultura, Ministerio de Comercio, Ministerio de Minas, Ministerio de Hacienda, Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Salud, Ministerio de Transporte, Ministerio de Vivienda, Sena, Coldeportes, Colciencias, Defensoría del Pueblo, Contraloría General de la República, Procuraduría General de la Nación y la Dirección para el Posconflicto de la Alta Consejería para el Posconflicto, Derechos Humanos y Seguridad.

de efectividad de las acciones planteadas o sobre su incoherencia frente a los Principios Rectores a los que dicen responder. Es decir, no contamos con un ente que pueda dirimir controversias sobre si el PNA se está cumpliendo o incumpliendo, o sobre su impacto en casos concretos de violaciones de derechos humanos que se deriven de acciones corporativas. En otras palabras, es justamente el hecho de que no sea un instrumento obligatorio, sumado a la inocuidad de las acciones planteadas y de los órganos establecidos, lo que refuerza la idea de que estamos ante a un PNA de papel.

2.2.4. El PNA no ha arrojado resultados concretos sobre aquello que se propuso: balance de cumplimiento.

Hecho el balance de cómo se formuló el PNA y sus contenidos, nos interesa examinar qué se ha hecho hasta ahora. Como ya se mencionó, para este análisis enviamos derechos de petición a las entidades encargadas de la implementación del Plan. Las respuestas fueron contrastadas con la matriz de implementación publicada por la Consejería Presidencial, la cual contiene las acciones, indicadores, metas y plazos que cada institución se ha comprometido a cumplir[58]. A pesar de que esta matriz tiene incompletos sus indicadores y metas, la utilizamos como base para hacer el balance general del nivel de implementación del Plan, al ser el único instrumento de seguimiento. Eso nos permitió verificar si las metas se habían cumplido, se estaban cumpliendo, o si la entidad no había dado reporte sobre ellas. Teniendo en cuenta que todos los reportes de los ministerios y agencias ofrecieron información como máximo hasta el primer semestre de 2022, se construyó la Tabla 2, la cual sintetiza y clasifica la información según las categorías mencionadas.

Si valoráramos sólo las respuestas enviadas, deberíamos concluir que hay siete entidades que reportan un cumplimiento del 100% de las acciones, dos que han cumplido por encima del 70%, doce que reportan alrededor de un 50% de cumplimiento, y dos cuyo reporte las ubica por debajo del 35% del cumplimiento. Sin embargo, estas cifras y cálculos sólo dimensionan cuantitativamente la implementación del Plan, de acuerdo con el reporte de las entidades, pero no es una medición precisa y acertada, justo por lo que mencionamos en los acápites previos sobre la inocuidad de las acciones y de los órganos de seguimiento, todo lo cual permite que las entidades reporten actividades que no se corresponden con la realidad de la implementación del PNA.

Tabla 2. Reporte del avance de las acciones del PNA por parte de las entidades encargadas.

ENTIDAD	Acciones a cargo consultadas	Acciones completadas	Acciones con progresos	Acciones sin reporte	% de avance
ICBF	2	2	0	0	100%
DPS	1	1	0	0	100%
Agencia Nacional de Infraestructura	5	5	0	0	100%
Ministerio de Relaciones Exteriores	1	1	0	0	100%
CPCG	1	1	0	0	100%
SIC	1	1	0	0	100%
Ministerio de Transporte	1	1	0	0	100%
PROCOLOMBIA	2	1	1	0	75%
Ministerio de Hacienda	2	1	1	0	75%

[58] La matriz de implementación del PNA se encuentra en: https://derechoshumanos.gov.co/Areas-Trabajo/Empresas-DDHH/Paginas/300121-Descripcion-PNA-EmpresasyDDHH.aspx.

CPDHAI	18	5	9	4	53%
Ministerio de Trabajo	6	1	4	1	50%
Ministerio de Comercio	4	1	2	1	50%
DNP	1	0	1	0	50%
DANE	1	0	1	0	50%
Ministerio de Justicia	4	1	2	1	50%
Ministerio de Cultura	3	0	3	0	50%
CPEC	1	0	1	0	50%
ANLA	1	0	1	0	50%
Ministerio de Minas y Energía	3	0	3	0	50%
Ministerio de Defensa	1	0	1	0	50%
Ministerio de Ambiente	1	0	1	0	50%
Ministerio del Interior	3	0	2	1	33%
Ministerio de Agricultura	4	0	2	2	25%

Fuente: Elaboración propia con base en respuestas a derechos de petición enviados por SIEMBRA.

Teniendo en cuenta la aclaración anterior, el análisis sobre los resultados del PNA lo haremos a través de casos ilustrativos que muestran tres patrones en las respuestas de las entidades públicas frente a la implementación del PNA 2020-2022: (i) las entidades reportan como cumplimiento del PNA acciones misionales; (ii) lo reportado no garantiza el cumplimiento de la acción del PNA; y (iii) lo reportado tiene que ver con la incidencia del poder corporativo en el cumplimiento del PNA.

Las entidades reportan como cumplimiento del PNA acciones misionales

En primer lugar, encontramos entidades que afirman no solamente haber cumplido con sus acciones de implementación, sino que dicen superar con creces las metas en los indicadores propuestos. Esto está relacionado con que el PNA asignó tareas que las entidades ya vienen haciendo o que responden a sus deberes misionales, derivados de la ley y de la Constitución.

Es el caso del Ministerio del Interior, quien, de acuerdo con el PNA, debe "*desarrollar una estrategia que contribuya a las buenas prácticas que respeten y promuevan los derechos humanos, con el fin de divulgarlas en la gestión empresarial*" (acción 1.3.5), frente a lo que el Ministerio responde que, como muestra de las buenas prácticas que ha implementado, se encuentran las capacitaciones que ha hecho en materia de consulta previa a las comunidades étnicas por parte de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa. De esta forma, reportan 38 capacitaciones y asistencias técnicas en lo corrido de 2021, en los departamentos de Cundinamarca, Córdoba, La Guajira, Sucre, Antioquia, Chocó, Putumayo, Tolima, San Andrés, Meta y Magdalena, impactando a 1.582 personas pertenecientes a comunidades étnicas, entidades públicas y empresas ejecutoras de proyectos[59]. Es inadmisible que se atribuyan acciones que no son nuevas y específicas a este Plan, sino que se derivan de obligaciones del Estado colombiano en materia de derechos étnicos, y que en ese mismo sentido se reporten como "avances" del PNA los trabajos ordinarios que el Estado, en cabeza del Ministerio del Interior, debe emprender para garantizar los derechos de las comunidades étnicas.

[59] Respuesta a derecho de petición, Ministerio del Interior, 11 de agosto de 2022.

Otro caso es el de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) que, de acuerdo con el PNA, "*propiciará escenarios de capacitación, educación y concientización a los concesionarios sobre la importancia de los derechos humanos y la responsabilidad con las comunidades de los proyectos impulsados por la ANI*" (acción 2.3.4), estableciendo una meta de dos capacitaciones por año para 2021 y 2022. La agencia no solamente reportó cuatro capacitaciones, sino que informó sobre 22.704 actividades pedagógicas de formación y 40.407 capacitaciones en cultura vial, con 828.917 beneficiados, a vigencia de mayo de 2022. Sin embargo, esta cifra responde a otras obligaciones de la entidad, pero que funcionan para demostrar una implementación a cabalidad de sus obligaciones con el PNA. De la misma forma, otras actividades de la ANI en el Pilar 1 corresponden a cumplir con acciones que se derivan de sus objetivos misionales, como la compensación de unidades sociales[60] debido a la construcción de proyectos (acción 1.5.15).

Lo anterior no quiere decir que los PNA deberían proponer acciones por fuera de las competencias de los ministerios y agencias, o radicalmente distintas a las acciones que ya vienen desarrollando, pero sí se entiende que un instrumento que busca tomar acciones específicas y novedosas en materia de empresas y derechos humanos desarrolle acciones que sean diferenciables de las labores misionales y cotidianas de las entidades gubernamentales.

Lo reportado por las entidades no garantiza el cumplimiento de las acciones del PNA.

El segundo patrón identificado es que lo reportado por las entidades no garantiza un cumplimiento de la acción del PNA y mucho menos avanza en la garantía del respeto de derechos humanos. Retomando la respuesta del Ministerio del Interior sobre las buenas prácticas que respeten y promuevan los derechos humanos, la entidad da por cumplida la acción con la formulación de la 'Política pública de garantías y respeto a la labor de defensa de los derechos humanos y el liderazgo social'[61], sin que eso nos diga nada en términos de su aplicación y sus resultados. Esta política pública fue expedida en noviembre de 2021, así que, a seis meses de su publicación, es bastante improbable que el Ministerio tenga indicadores de cómo la política ha mejorado las garantías a la labor de defensa de derechos humanos, que es lo que uno esperaría que la entidad reporte como cumplimiento. En cambio, las cifras de asesinatos de defensores de derechos humanos sí muestran que la situación continúa siendo preocupante, como para considerar esta acción como una *buena práctica*[62]. Además, esta política ha sido fuertemente criticada por diferentes organizaciones sociales, tanto por la falta de participación de la sociedad civil en la construcción, como porque no propone medidas concretas ni cambios procedimentales para detener la violencia contra las personas defensoras y para erradicar las causas estructurales de esta violencia en su contra[63].

Otro de los ejemplos más significativos es lo reportado por la Consejería Presidencial, quien llega a justificar el cumplimiento de cuatro de las acciones que el PNA le encarga con la sola publicación de una cartilla en su página web. De acuerdo con el PNA, la Consejería debe (i) promover la gestión responsable de la cadena de suministro en materia de derechos humanos, diseñando una estrategia

[60] De acuerdo con la Resolución 545 de 2008, la unidades sociales son " las personas que guardan una relación de dependencia legal, física o económica con relación a un inmueble, las cuales pueden ser o no susceptibles de reconocimientos de compensación socioeconómica, de acuerdo con las condiciones establecidas en la presente resolución". Disponible en: https://www.ani.gov.co/sites/default/files/resolucion_0545.pdf

[61] La 'Política pública de garantías y respeto a la labor de defensa de los derechos humanos y el liderazgo social' se encuentra disponible en: https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%c3%b3micos/4063.pdf

[62] Según el Observatorio de DDHH, Conflictividades y Paz de Indepaz, 609 defensores de derechos humanos han sido asesinados desde 2020.

[63] Ver pronunciamiento de la Plataforma Colombia de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, la Coordinación Colombia Europa Estados Unidos y la Alianza de Organizaciones Sociales y Afines en: https://ddhhcolombia.org.co/2022/02/14/las-plataformas-manifiestan-sus-preocupaciones-frente-a-la-politica-publica-de-garantias/

relacionada; (ii) diseñar una hoja de ruta de mecanismos estatales para orientar a las personas afectadas por actividad empresarial; (iii) diseñar una hoja de ruta de mecanismos no estatales para orientar a las personas afectadas por actividad empresarial; y (iv) diseñar un mecanismo de orientación para que los mecanismos de reclamación en materia de derechos humanos sean eficaces. La Consejería, por su parte, asegura cumplir con todas estas acciones con la sola publicación de la 'Cartilla de Empresas y Derechos Humanos 2022'[64], enfocada a la conducta empresarial responsable y debida diligencia, con algunos conceptos sobre los mecanismos estatales y no estatales, pero sin las rutas o mecanismos claros de acceso a la justicia, y mucho menos con directrices claras sobre la responsabilidad de las empresas frente a sus cadenas de suministro.

Es claro cómo la formulación del PNA responde a una estrategia del Estado que le permite reportar una ejecución de acciones aunque no exista una transformación de la realidad concreta y del marco normativo nacional[65], esquivando así su deber de proteger los derechos humanos y reforzando la crítica situada en la anterior sección de la falta de órganos de seguimiento o de un ente que pueda corroborar que efectivamente lo reportado por las entidades sí corresponde con el cumplimiento de la acción propuesta en el PNA.

Incidencia del poder corporativo en las acciones del PNA

Finalmente, el tercer patrón tiene que ver con la incidencia del poder corporativo. Esto se materializó tanto en la construcción del Plan —como se vio con los talleres regionales y la falsa representatividad de los órganos de seguimiento del PNA—, así como en la implementación, como mostraremos en este apartado.

Uno de los instrumentos con mayor potencial para identificar y hacer análisis cualitativos y cuantitativos sobre los fenómenos socioculturales, económicos y políticos que vinculan el accionar de las empresas con la violación de derechos humanos, es el mapa de riesgos en derechos humanos del sector minero-energético a cargo del Ministerio de Minas (acción 1.2.7). Sin embargo, para la formulación, el Ministerio convocó a las empresas de los tres subsectores (hidrocarburos, minería y energía) para que, "*desde un enfoque preventivo, puedan robustecer el conocimiento que tienen de sus entornos de operación y fortalecer sus procesos de debida diligencia empresarial*"[66]. En concreto, esto significó que las empresas hicieran parte central de la fase de testeo de la herramienta, cargando ellas mismas la información referente a los riesgos de las actividades del sector minero-energético en los derechos humanos, así como sus fuentes o causas. Esto es bastante problemático, pues no es realista que las empresas agreguen información que las comprometa o que afecte sus inversiones u operaciones, lo cual distorsiona los resultados de esta herramienta.

El último caso ilustrativo es el de la Consejería Presidencial, quien debe realizar jornadas de formación, en apoyo con sectores académicos, sobre los estándares internacionales en materia de empresas y derechos humanos y las acciones en el Plan. Se trata de jornadas dirigidas a servidores públicos, empresas y organismos de seguimiento, vigilancia y control de las actividades empresariales (acción

[64] La 'Cartilla de Empresas y Derechos Humanos 2022' se encuentra disponible en: https://derechoshumanos.gov.co/Observatorio/Publicaciones/Documents/2022/050822-Cartilla-empresas-y-DDHH.pdf

[65] En sentido similar, el Centro de Derechos Humanos y Empresas – Homa (2018) asegura que el vocabulario que prevalece en los Planes Nacionales de Acción de Colombia, México y Chile es el de la responsabilidad social corporativa, y que la utilización de verbos con significado abierto para describir acciones, como impulsar y fortalecer, permite que el Estado pueda reportar la ejecución de acciones, pues esto puede significar muchas cosas.

[66] Respuesta a derecho de petición, Ministerio de Minas, 3 de agosto de 2022.

1.3.7). Aunque la acción hace parte del Pilar 1 que impone deberes al Estado, y aunque en su formulación esté contemplado que las jornadas deben estar dirigidas a servidores públicos y empresas, algunos conversatorios que llevó a cabo la Consejería en desarrollo de esta acción los hizo de la mano de las empresas.

Un caso que da cuenta de ello son unos espacios de formación que la Consejería reporta haber realizado *junto* a la empresa de hidrocarburos HOCOL en los territorios donde la empresa tiene sus operaciones, los cuales estuvieron dirigidos a las comunidades[67]. Debería ser obvio, pero una cosa es que las capacitaciones estén dirigidas a las empresas, y otra muy diferente es que sean ellas quienes terminen coordinando los espacios. No es posible que el Estado mantenga su posición de garante cuando convoca junto con una empresa privada, la cual coordina y dirige la reunión. Este tipo de situaciones han sido analizadas como problemáticas por organizaciones que acompañan comunidades afectadas por la industria minera de carbón, quienes afirman que, en ocasiones, "*no se diferencia cuando habla la persona de la Consejería Presidencial y la de las empresas; siempre es el mismo discurso*"[68].

Que las empresas tengan este poder tiene como causa la legitimidad y el lugar de privilegio que le da el Estado a la empresa para ser quien, en últimas, defina el enfoque y alcance de muchas de las acciones del Plan. Esto hace que las pocas acciones que tienen que ver con la operación empresarial pierdan fuerza y, en cambio, se adopte y difunda un discurso de derechos humanos que sea conveniente para las empresas.

En suma, estos casos ayudan a matizar las cifras mostradas en la Tabla 2 y demuestran el absoluto fracaso del instrumento a pesar de lo que dicen los números. En últimas, el supuesto cumplimiento de las acciones reportado por parte de las entidades del Estado no ha cambiado en nada la situación de derechos humanos ni ha tenido algún resultado concreto en frenar la impunidad de las corporaciones. Esto es evidente para las organizaciones que se enfrentan a empresas en sus territorios, quienes afirman que "*los planes que hay son la recreación de las prácticas de las empresas, más no una mejora en los estándares de protección de las comunidades*"[69].

2.3. Conclusión

El PNA colombiano es un ejemplo ilustrativo de que estos instrumentos voluntarios son en sí mismos inconducentes para atacar el problema de la cuestión de empresas y derechos humanos, justamente porque de manera voluntaria no se va a lograr que las empresas respeten derechos y respondan jurídicamente por las violaciones que se derivan de su accionar. Si, por otro lado, se valoran sus contenidos más allá del instrumento, nos encontramos con que ni siquiera responden al estándar de los PRNU y que las acciones que plantea son inocuas en su gran mayoría. Si además se valora su formulación, nos encontramos no solo con deficiencias, sino con problemas que conducen a profundizar el problema del desbalance de poder, como el hecho de tener a las empresas en cuenta como un actor para su diseño, o como el hecho de no partir del reconocimiento de las sistemáticas violaciones de derechos humanos que se derivan de la operación de las empresas, obviando que la mayor parte de dichas violaciones se dan en el marco del incumplimiento de las leyes nacionales y la Constitución por parte de las empresas y del mismo Estado.

[67] Esto lo comprobamos con las listas de asistencia entregadas por la Consejería Presidencial en respuesta al derecho de petición.
[68] Entrevista a Paula Álvarez, Pensamiento y Acción Social, junio de 2022.
[69] Entrevista a Robinson Mejía, Colectivo Socioambiental y Juvenil de Cajamarca (COSAJUCA), agosto de 2022.

En últimas, el PNA demuestra la farsa de lo voluntario, pues los PNA formulados hasta el momento hacen evidente que la disyuntiva que una y otra vez se plantea en el debate entre la voluntariedad y la obligatoriedad se resuelva a favor de un escenario en el que las empresas son meramente invitadas a respetar ciertos estándares blandos, en detrimento de regulaciones que pudieran ofrecer mayores garantías a las personas y comunidades afectadas por su operación. Incluso, bajo este tipo de instrumentos, son las corporaciones las llamadas a determinar cuáles son los daños que produce su operación, a determinar quién es afectada y quién no lo es, a definir cuáles son las medidas con las que se deben compensar dichos daños y, en definitiva, a determinar cuáles son los niveles aceptables de protección de derechos.

Finalmente, estos instrumentos, lejos de contribuir a una capacidad de agencia de las comunidades, las pone como receptoras pasivas de la política pública, despojándolas del poder de intervenir y de denunciar los daños de la actividad empresarial, profundizando así las barreras para luchar por el pleno reconocimiento de sus derechos y para acceder de forma efectiva a la justicia.

Basta entonces de apostarle a nuevos Planes Nacionales de Acción. Con el nuevo Gobierno se nos abre una oportunidad imperdible para abordar esta cuestión de forma radicalmente diferente, esto es, con normas vinculantes que enfrenten los *factores reales de poder* que son las empresas[70]. Para llegar a ese objetivo es necesario pensar en el tipo de regulación que requiere Colombia. Antes de ello, sin embargo, es importante entender dos marcos regulatorios que actualmente tienen relevancia para enfrentar la cuestión de las empresas y los derechos humanos: la protección de las inversiones a través de los Tribunales de Arbitramento y la tendencia hacia leyes de debida diligencia. En la siguiente sección pasamos a abordarlos.

[70] Manoela Roland, de Homa, en su intervención del 23 de agosto de 2022 en el evento *'Derechos para los pueblos, normas vinculantes para las empresas. Enfrentando el poder y la impunidad transnacional'*, propone que para que las normas sean vinculantes, estas deben enfrentar *los factores reales de poder*, haciendo referencia a las empresas. Además, asegura que para que se den espacios de discusión vinculantes y representativos de las demandas de las comunidades para la construcción de estas normas, estos *factores de poder* no pueden estar presentes. El evento se puede consultar en: https://www.facebook.com/atalc/videos/1097957370837661.

3

LA REGULACIÓN EMPRESARIAL HOY DÍA: ENTRE LAS DEMANDAS CORPORATIVAS CONTRA LOS ESTADOS Y LAS LEYES DE DEBIDA DILIGENCIA EMPRESARIAL

Las discusiones internacionales sobre la regulación de las empresas en materia de derechos humanos, tal como hemos insistido, gira actualmente alrededor de los marcos voluntarios y los marcos obligatorios. En Colombia, estas discusiones han aterrizado bajo dos tipos de mecanismos o enfoques normativos adicionales a los PNA, los cuales han tenido, sin embargo, menos atención y han sido objeto de menos debate público. Nos referimos al derecho con el que cuentan las empresas transnacionales de demandar a los Estados en caso de que consideren afectada su inversión a través de tribunales de arbitramento, y al enfoque normativo de la debida diligencia que está siendo adoptado mediante leyes en distintas partes de Europa, tal como se mencionó en la primera parte del texto. Estos dos tipos de medidas tienen relación con los debates de regulación en el país, pues, en el primer caso, se trata de mecanismos que evidencian la asimetría normativa en la que nos encontramos en lo que respecta a los derechos y obligaciones de las empresas, mientras que, en el segundo caso, se trata de marcos que, si bien tienen fuerza de ley por ser esta la forma en la que se está adoptando la debida diligencia, tienen como origen la idea de la autorregulación por medio de esquemas de responsabilidad empresarial.

Teniendo en cuenta que el Estado colombiano es objeto de demandas por parte de empresas transnacionales en tribunales de arbitramento, y que la Defensoría del Pueblo promueve actualmente un proyecto de ley de debida diligencia en Colombia, consideramos importante situar algunos elementos para analizar críticamente estas dos formas regulatorias. Todo ello antes de situar, en el último capítulo, los elementos que, en nuestro criterio, deben ser tenidos en cuenta para trazar una ruta legal y política que nos permita nivelar la balanza normativa ante el desequilibrio actual en el que nos encontramos, y pensar en rutas más adecuadas y con la potencia necesaria para responder a las violaciones de derechos humanos que ocurren en el país como consecuencia del actuar corporativo.

3.1. La protección "fuerte" de las inversiones a través de los Tribunales de Arbitramento

Actualmente hay cerca de 2.800 contratos o acuerdos de inversión suscritos en todo el mundo que involucran a los Estados (Moore y Orellana, 2022[71]). Se trata de acuerdos que, entre otras cosas, permiten que las empresas ubicadas en los países suscriptores los demanden, haciendo uso de mecanismos de arbitramento[72]. La base de estas demandas son medidas que hayan sido adoptadas por los Estados y que, en criterio de las empresas, hayan afectado su inversión. El objetivo de dichas demandas es netamente económico, pues las empresas transnacionales que las interponen buscan millonarias indemnizaciones provenientes de arcas públicas. De acuerdo con cifras proporcionadas por Moore y por Orellana (2022), al año 2020 los países de la región de América Latina eran los que más demandas registraban, superando en ese año las 300 acciones. En oposición, estas demandas provienen de empresas transnacionales con sedes principales en países del norte global como Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Países Bajos y Australia. Que las empresas puedan hoy día demandar a los Estados bajo esquemas de arbitramento es una realidad con un alto impacto económico y político que no ha merecido un debate a escala nacional[73], y hace parte del esquema de asimetría normativa — como lo denomina Hernández (2009) — al que nos referíamos previamente.

[71] Citamos de esta manera a los investigadores Jen Moore y Aldo Orellana, quienes hicieron una presentación el 28 de septiembre de 2022 en el marco del Foro *"Demandas de las trasnacionales: Nueva amenaza de despojo para Colombia ¿Qué hacer?"*, el cual fue convocado por el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, a propósito de la demanda de la multinacional Glencore contra Colombia por el fallo de la Corte Constitucional que busca proteger el arroyo Bruno. El foro se puede consultar en el siguiente link: https://www.youtube.com/watch?v=2O68s6Olz-E.

[72] Colombia ha suscrito al menos 24 acuerdos de inversión que permiten que el Estado colombiano sea demandado ante tribunales de arbitraje (Moore y Orellana, 2022).

[73] Varias ONG de derechos humanos y ambientales, así como organizaciones de defensa territorial vienen alertando sobre el peligro que representan estas demandas para el país. Nos referimos, entonces, al escaso debate que tiene este tema a nivel nacional en la opinión pública o en escenarios como el Congreso de la República.

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, tradicionalmente reservado a solucionar disputas entre privados, mediante el que las partes transfieren a árbitros la solución de una controversia. Para ponerle fin, los árbitros emiten un "laudo arbitral", que es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. Para sus decisiones, los árbitros tradicionalmente recurren al derecho, al principio de equidad o a elementos de carácter técnico[74]. Este mecanismo, tal y como su nombre lo indica, es *alternativo* a la justicia impartida por los Estados mediante jueces, tribunales judiciales y Cortes, y ha sido trasladado al ámbito de las inversiones para solucionar "conflictos" que emerjan entre actores privados (empresas transnacionales que hacen inversión directa en los Estados) y actores públicos (Estados). Situamos entre comillas la palabra conflicto pues, si bien es cierto que pueden emerger conflictos entre las partes de cualquier acuerdo, los tribunales de arbitramento a los que nos referimos tienen como función dirimir cuestiones que no deberían ser objeto de controversia.

En efecto, los acuerdos de inversión referidos permiten que las empresas demanden a los Estados ante tribunales de arbitramento cuando, en ejercicio de sus funciones, derivadas del derecho público nacional e internacional, los países adopten decisiones que alteren las condiciones bajo las que las empresas han hecho su inversión. Lo problemático es que la alteración de estas condiciones está relacionada, principalmente, con cambios que se pueden derivar de la aplicación que hacen los Estados de normas nacionales, sentencias judiciales o el impulso de cambios normativos dirigidos a avanzar en materia tributaria, social, laboral, ambiental o de derechos humanos, y cuando estos cambios, en criterio de la empresa, afecten su inversión (Moore y Orellana, 2022). Es decir, estamos ante un mecanismo que permite que los intereses públicos, que son los que en teoría defienden los Estados mediante decisiones adoptadas por las distintas ramas del poder público, puedan ser objeto de cuestionamiento por empresas transnacionales mediante demandas interpuestas ante mecanismos privados.

3.1.1. El propósito detrás del establecimiento de los tribunales de arbitraje de inversiones

Uno de los hitos del surgimiento de este sistema desigual lo constituye la Convención de Arreglo de Controversias relativas a Inversión entre Estados y nacionales y otros Estados, la cual entró en vigor el 14 de octubre de 1966. Esta convención fue formulada por los directores ejecutivos del Banco Mundial para "*cumplir el objetivo del Banco de promover la inversión internacional*"[75]. A su vez, la convención permitió la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), la cual es una institución que se encuentra "*a disposición de inversionistas y Estados*", y que "*ayuda a promover la inversión internacional fomentando la confianza en el proceso de resolución de controversias*"[76]. Como se observa, el CIADI y otros tribunales similares[77] justifican su existencia argumentando que este tipo de mecanismos incentivan las inversiones directas en los Estados, favoreciendo su desarrollo económico. De acuerdo con el argumento, al dotar a los inversionistas de mecanismos concretos para reclamar a los países cuando estos afecten las expectativas de rentabilidad de sus capitales, se genera un ambiente de "seguridad jurídica" que les daría confianza para invertir[78].

[74] Tomado de la información general sobre mecanismos alternativos de solución de conflictos brindada por el Ministerio de Justicia, disponible en el siguiente enlace: https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/MASC/Paginas/que-es-arbitraje.aspx#:~:text=%C3%81rbitro%20o%20Tribunal%20de%20Arbitramento,a%20trav%C3%A9s%20del%20laudo%20arbitral.

[75] Información tomada de la página web del CIADI: https://icsid.worldbank.org/es/acerca/CIADI.

[76] Ibíd.

[77] Se hace referencia al CIADI porque es el centro de arbitraje en el que radican todas las controversias en las que está involucrado el Estado colombiano, pero las instancias permanentes que usualmente se dedican a dirimir controversias privadas, también han ampliado sus servicios a dirimir disputas entre estados e inversores. Algunas de estas son la Cámara de Comercio Internacional, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, la Cámara de Comercio de Estocolmo y el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (Cotula, 2014).

[78] De hecho, como también lo sitúan Moore y Orellana (2022), esto no es más que una afirmación que hacen los inversionistas sin sustento, pues no habría evidencias que demuestren que la inversión extranjera avanzó gracias al establecimiento de estos tribunales. De hecho, Orellana sitúa cómo la inversión extranjera directa en Bolivia no se vio afectada cuando el entonces presidente Evo Morales denunció la convención del CIADI para retirarse de ella ante la evidente desigualdad que propone este sistema para los Estados.

La historia es, sin embargo, más compleja, y refleja otros propósitos que tendría el establecimiento del arbitraje de inversiones. De acuerdo con Moore y con Orellana (2022), estos tribunales de arbitramento surgen con posterioridad a la segunda guerra mundial, ante la preocupación de los empresarios por los procesos de descolonización de varios países del sur global, y ante la tendencia general de los Estados de intervenir fuertemente en la economía, lo que incluyó la nacionalización de bienes. En dicho contexto, los inversores idearon un mecanismo que les permitiera asegurar el control sobre recursos en países del sur global, donde se encuentran mayoritariamente los bienes, materias primas y servicios que demandan las grandes transnacionales. Para ello, haciendo uso del argumento de la seguridad jurídica, impusieron un sistema que les garantizara que no se van a alterar las reglas con base en las cuales invirtieron originalmente en un país determinado.

Esta mirada de la historia refuta la idea en la que se funda el CIADI, pues antes que para "atraer" inversión a los Estados, este mecanismo fue pensando para controlarlos, impidiéndoles tomar cualquier decisión que ponga en riesgo el control que las empresas pretenden tener sobre su inversión. Esto se expresa en características de estos mecanismos de arbitraje como su carácter unilateral, siendo las empresas las únicas habilitadas para demandar a los Estados y no a la inversa. También se expresa en el carácter de las pretensiones económicas que pueden alegar las empresas, las cuales no solo se basan en la alegada "pérdida" o "afectación" a la inversión, sino, además, en el cálculo de las ganancias futuras que las empresas esperaban percibir y que ya no van a obtener (Moore y Orellana, 2022).

Asimismo, se funda en el carácter corporativo de los tribunales de arbitramento, el cual se manifiesta en las fuentes a las que recurren, las cuales no son otras que los acuerdos de inversión, siendo muy difícil que recurran a normatividad nacional o internacional de carácter público para dirimir las controversias que se les presenten. Finalmente, se expresa en el perfil profesional de los árbitros, generalmente abogados corporativos muy bien pagos que carecen de las características de imparcialidad que se atribuyen a los mecanismos de justicia, sean o no alternativos (Moore y Orellana, 2022). Como se observa, estos mecanismos generan un control tan desmesurado sobre las decisiones del Estado que difícilmente se sostiene que estén ideados para favorecer su desarrollo a través de la inversión.

3.1.2. Los Tribunales de Arbitramento para asuntos de minería e hidrocarburos

El sector corporativo relacionado con la extracción de hidrocarburos y minerales es de los más activos en las controversias arbitrales de inversiones. Esto ocurre no solo por las enormes cantidades de dinero que involucra dicho sector económico, sino porque, en el contexto de lucha contra la crisis climática, las empresas han buscado protegerse de cambios legislativos que afecten sus expectativas de ganancia. Para ello, llevan ante los tribunales de arbitraje internacional a aquellos Estados que, mediante nuevas normas, perjudican su actividad económica, alegando las denominadas "cláusulas de estabilización de los contratos", las cuales otorgan diversos grados de protección a los inversores ante cambios legislativos (Woodroffe, 2021)[79].

[79] De acuerdo con este autor, *"Pueden asumir la forma de cláusulas de "congelamiento", es decir, cambios en algunas o todas las leyes que se apliquen tras la firma del acuerdo no serán aplicables al proyecto. Las cláusulas de congelamiento limitado pueden estabilizar sólo los términos fiscales específicos, como el impuesto a las ganancias o a las regalías, y/o pueden aportar estabilidad solo durante un período específico. Las cláusulas de estabilización también pueden adoptar la forma de cláusulas de "equilibrio económico", donde se estipule que los cambios en la legislación cuyo impacto económico resulte considerablemente negativo para la empresa deberán estar acompañados de una compensación estatal que restaure el equilibrio económico entre las partes. Las cláusulas "híbridas" combinan elementos de las cláusulas de congelamiento y de equilibrio económico y estipulan que las partes pueden acordar la restauración del equilibrio económico aplicando una excepción a los cambios en la legislación o mediante otros métodos de compensación"* (Woodroffe, 2021, p.5).

En Colombia, la mayoría de las demandas que actualmente cursan contra el Estado están relacionadas con este sector económico. De las 12 controversias en curso que tiene pendientes Colombia ante el CIADI, nueve corresponden a los dos sectores económicos clasificados por el centro como de (i) transporte/infraestructura y (ii) petróleo, gas y minería[80]. De estas nueve controversias, cuatro tienen como causa decisiones adoptadas por entidades de control y de investigación en el país como la Contraloría General de la República, la Superintendencia de Industria y Comercio y la Fiscalía General de la Nación (en azul en la Tabla 3); cuatro están directamente relacionadas con decisiones de la Corte Constitucional, tales como las sentencias mediante las que se prohíbe la actividad minera en ecosistemas de páramo, afectando el desarrollo de minería en el páramo de Santurbán, o la sentencia mediante la que se suspenden actividades de desviación de arroyos, como el arroyo Bruno en La Guajira, llevadas a cabo por la empresa minera Cerrejón (en amarillo en la Tabla 3); una de dichas controversias tiene como causa la queja de la empresa demandante sobre la falta de presencia estatal en áreas de conflicto social y armado, lo cual se habría traducido –según la empresa– en pérdida del capital invertido (en rojo en la Tabla 3)[81]. A continuación, se presentan las demandas que, de acuerdo con la Agencia de Defensa Jurídica del Estado[82], están actualmente en curso en los dos sectores indicados:

Tabla 3. Controversias en curso contra Colombia ante el CIADI en el sector de Trasporte, Petróleo, Gas y Minería

Año	Empresa	Tratado Invocado	No. Caso	Causas alegadas por la empresa demandante	Reclamaciones (USD millones)
2016	Eco Oro Minerals Corp.	TLC Canadá-Colombia (2002)	ARB/16/41	Prohibición de desarrollar actividad minera en el páramo de Santurbán.	$ 698,00
2018	GCM Mining Corp.	TLC Canadá-Colombia (2002)	ARB/18/23	Omisión de las autoridades del Estado frente a acciones administrativas y judiciales promovidas por la empresa para frenar la presencia de minería ilegal en las zonas de sus títulos mineros (Proyecto Marmato -Caldas), así como daños por paros, huelgas y violencia armada.	$ 383,00
2018	Galway Gold Inc.	TLC Canadá-Colombia (2002)	ARB/18/13	Prohibición de desarrollar actividad minera en el páramo de Santurbán.	$ 196,00
2018	Red Eagle Exploration Limited	TLC Canadá-Colombia (2002)	ARB/18/12	Prohibición de desarrollar actividad minera en el páramo de Santurbán.	$ 117,00

[80] Las otras tres demandas corresponden a Telefónica S.A. por $ 627 millones de dólares, Ángel Samuel Seda y otros por $ 280,50 millones de dólares, y Neustar Co, con reivindicaciones indeterminadas (CIADI, 2022).
[81] Las causas de las controversias son obtenidas de la base de datos del CIADI (2022) en los casos en los que hay información disponible. En los que no, se ha recurrido a la información de prensa, referenciada caso por caso en la Tabla 3.
[82] Respuesta a derecho de petición, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 23 de agosto de 2022.

2019	Glencore International A.G., C. I. Prodeco S.A., & Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A.	Tratado Bilateral de Inversiones Suiza-Colombia (2006)	ARB/19/22	La SIC investiga a la empresa por monopolio. En respuesta, la empresa demanda indemnización del Estado alegando que debió haber recibido financiación para la construcción de un puerto de uso público en Ciénaga - Magdalena[83].	$ 40,30
2019	Amec Foster Wheeler USA Corporation, Process Consultants, Inc., and Joint Venture Foster Wheeler USA Corporation and Process Consultants, Inc.	TLC Estados Unidos-Colombia 2012	ARB/19/34	La Contraloría General de la Nación (CGN) impuso una multa a la empresa de $2,400 millones a los demandantes por presuntos actos de negligencia grave o dolo en el gasto de fondos estatales relacionados con el proyecto de modernización de la Refinería de Cartagena. Las empresas, al no estar de acuerdo con la multa, demandan al Estado.	Se solicita al Tribunal impedir a Colombia ejecutar la responsabilidad fiscal de USD 811M en su contra, dictaminada por la CGR.
2020	CB&I UK Limited	Tratado Bilateral de Inversiones Reino Unido-Colombia	ARB/22/11	Habiendo sido contratista de Reficar en Cartagena, CB&I dice que Colombia expropió su inversión como consecuencia del proceso de responsabilidad fiscal por más de 2.000 billones de dólares iniciado por la Fiscalía[84].	Indeterminadas
2021	Glencore International A.G. (Cerrejón)	Tratado Bilateral de Inversiones Suiza-Colombia (2006)	ARB/21/30	Sentencia de la Corte Constitucional sobre el Caso del Arroyo Bruno que suspende actividades de desviación de arroyos desarrollados por la empresa minera Cerrejón[85].	Indeterminadas
2022	South32 SA Investments	Tratado Bilateral de Inversiones Suiza-Colombia (2006)	ARB/20/9	Exigencia de la Contraloría del pago retroactivo por regalías que no fueron liquidadas correctamente por su exportación de níquel y hierro entre 1982 y 2012, por la mina Cerro Matoso en Córdoba.	$ 58,31
Total (USD Millones)					$ 1.492,61

Fuente: Elaboración propia con base en información de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (2022; 2022a) y el CIADI (2022).

Como se observa, las demandas tienen como causa acciones emprendidas por el Estado que se desprenden de sus funciones legales y constitucionales, tal como ocurre con la adopción de leyes para la protección de ecosistemas frente a industrias extractivas, o el impulso de procesos de responsabilidad fiscal. De hecho, de las demandas en curso, derivadas de tratados bilaterales de inversión y de libre comercio firmados con Estados Unidos, Suiza y Canadá, todas persiguen una indemnización del Estado colombiano por presuntas "*expropiaciones indirectas de la inversión y sus expectativas*". La expropiación

[83] CIAR Global (2019).
[84] CIAR Global (2022).
[85] London Mining Network (2022).

indirecta es una figura que, en el marco de los acuerdos de inversiones, se refiere a la prohibición de los Estados de causar afectaciones a la propiedad privada de los inversores que les puedan generar pérdidas. Se trata de una prohibición tan ambigua que es utilizada por las corporaciones demandantes para justificar que, casi cualquier acto ordinario emprendido por el Estado, constituye una expropiación indirecta (Posada, 2007).

Todas las demandas contra el Estado colombiano anteriormente referidas alegan dicha cláusula excepto una. Se trata de la demanda interpuesta por la Amec Foster Wheeler USA Corporation (Caso ARB/19/34), que exige al tribunal de arbitramento evitar la ejecución de un proceso de responsabilidad fiscal relacionado con el escándalo de corrupción de Reficar, Refinería de Cartagena S.A.S. En este caso, la empresa asegura que la decisión del Estado fue el resultado de un "*proceso iniciado indebidamente [...] en un intento de echar la culpa a otros*" (CIADI, 2022a, p.6), desviando la atención de los verdaderos responsables de gestionar el proyecto. A pesar de lo anterior, en mayo de este año el tribunal rechazó las medidas cautelares, por lo que, de hacerse efectivo el pago de responsabilidad fiscal por parte de Foster, los demandantes podrían poner sobre la mesa el argumento de la expropiación[86].

Por otro lado, como se observa, el monto que podría derivarse del pago de todas las indemnizaciones reclamadas en estas nueve demandas, excluyendo los gastos de trámite de arbitraje que le corresponden al Estado[87], así como las adiciones relacionadas con los intereses que suelen arreglarse en estos laudos, corresponde a $1.492,61 millones de dólares, lo que equivale a todo un punto porcentual del PIB de Colombia para el año 2021[88]. Si tomamos en cuenta las 12[89] demandas arbitrales que enfrenta el Estado colombiano independientemente del sector, la suma se eleva a los $2.400[90] millones de dólares.

Según la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (2022), de las múltiples acciones interpuestas por inversionistas ante el CIADI[91], el país solo ha tenido que indemnizar en una de ellas. Se trata de la acción instaurada ante el CIADI por Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A contra la República de Colombia, referida en la Tabla 4 (Caso ARB/16/6). En esta demanda, el Tribunal de Arbitraje consideró que un dictamen de la Contraloría en 2015 sobre la responsabilidad fiscal de Prodeco S.A. por detrimento patrimonial, proferido en el marco del contrato de concesión minera para la explotación de la mina Calenturitas, ubicada en el municipio de La Jagua de Ibirico en el departamento del Cesar, era improcedente.

[86] La compañía ha asegurado que el pago del monto por responsabilidad fiscal establecido conllevaría a un "daño irreparable" (CIADI, 2022a, p.6).

[87] De acuerdo con Moore y Orellana (2022), los costos asociados a estos litigios son de aproximadamente 4.7 millones de dólares por cada caso. Es decir, esta es la suma que el Estado paga solamente por el hecho de defenderse en cada una de las demandas que se interponen en su contra.

[88] Tomando como referencia los datos del DANE (2022) y la Tasa de Cambio Representativa del Mercado a 23 de octubre de 2022.

[89] Al respecto, nos remitimos a la información brindada en la nota al pie n°81.

[90] En el foro "Demandas de las trasnacionales: Nueva amenaza de despojo para Colombia ¿Qué hacer?", referenciado anteriormente, la cifra calculada para el monto total de pretensiones fue de $2.467 millones de dólares. Esta diferencia deviene de las existentes entre el Informe de Litigiosidad de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado de junio de este año (2022a) y el derecho de petición contestado por la misma entidad el 23 de agosto de 2022. Dado el carácter dinámico de los procesos arbitrales, para este documento tomamos las cifras más actualizadas del derecho de petición, que, en concreto, cambiaron para el caso ARB/19/22 y para el caso ARB/20/9.

[91] Ante el CIADI, el país ha enfrentado 18 controversias internacionales de inversión, seis concluidas y 12 en proceso. De las seis concluidas, solo se tiene registro, según la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y del mismo CIADI, de la pérdida del Estado colombiano en una de ellas frente a Glencore (caso CIADI ARB/16/6). Los otros cinco casos fueron retirados por los demandantes, se negoció un acuerdo de forma privada, o fueron fallados a favor de Colombia. AFC Investment Solutions S.L (2020), Astrida Benita Carrizosa (2018), América Móvil S.A.B. de C.V. (2016) y Naturgy Energy Group, S.A. (2018), cuentan con laudos que le dan la razón al Estado colombiano o que desestiman sus pretensiones. En concreto, el caso de Anglo American plc (2021) terminó con el retiro de la controversia por el demandante. (CIADI, 2022).

La Agencia de Defensa Jurídica del Estado (2022)[92] entiende esta pérdida como una relativa victoria, ya que el país solo estuvo obligado a concederle a dicha corporación una indemnización del 3% del total de sus pretensiones iniciales. Este porcentaje responde al dinero pagado por la empresa al Estado en virtud de la responsabilidad fiscal atribuida, el cual debe devolverse, más los intereses (Laudo Caso ARB/16/6, 2016). Moore y Orellana (2022) sitúan, en cambio, que la indemnización decretada en este caso específico no debe entenderse de ninguna manera como una victoria, pues las empresas demandantes suelen elevar sus pretensiones, sabiendo que no las obtendrán en su totalidad, por lo que en realidad estamos ante una pérdida de dinero buscada por la empresa, y ante una pérdida de soberanía del Estado colombiano en la toma de decisiones de sus órganos de control.

Tabla 4. Controversias con indemnización resueltas en contra de Colombia (Trasporte, Petróleo, Gas y Minería)

Empresa	Tratado Invocado	Instancia Arbitral	No. Caso	Causas alegadas por la empresa	Laudo	Indemnización (Millones de dólares)
Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A.	Tratado Bilateral de Inversiones Suiza-Colombia (2006)	ICSID	ARB/16/6	En el año 2015 la Contraloría encontró responsable fiscalmente a Prodeco S.A. por detrimento patrimonial con base en el contrato de concesión minera para la explotación de la mina Calenturitas ubicada en La Jagua de Ibirico, Cesar.	El tribunal condenó a Colombia a indemnizar a la empresa al considerar que la Contraloría se había equivocado en su adjudicación de responsabilidad fiscal. La cifra base del laudo es la cifra pagada por la empresa al Estado.	Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A.

Fuente: Elaboración propia con base en información de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (2022).

El panorama completo de la amenaza que representan estas demandas para el Estado lo ofrecen, adicionalmente, las demandas que se avecinan. La Agencia de Defensa Jurídica del Estado (2022) indicó que, en términos de empresas relacionadas con el sector de construcción de infraestructura y proyectos minero-energéticos, habría por lo menos cuatro intenciones de llevar de nuevo a Colombia ante tribunales de arbitramento internacional, justificadas en los tratados internacionales como el Tratado Bilateral de Inversiones entre Colombia y el Reino Unido, el TLC con Estados Unidos, el Tratado Bilateral de Inversiones con Suiza y el Acuerdo para la Protección y Promoción Recíproca de Inversiones entre Colombia y España, tal como se observa en la Tabla 5[93].

[92] Respuesta a derecho de petición, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 23 de agosto de 2022.
[93] Respuesta a derecho de petición, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 23 de agosto de 2022.

Tabla 5. Posibles controversias internacionales de inversión contra Colombia (Trasporte, petróleo, Gas y Minería)

Empresa	Tratado Invocado	Contexto	Reclamaciones (Millones USD)
Chicago Bridge & Iron Company ("CB&I Delaware")	TLC Estados Unidos – Colombia	Presentaron una notificación de intención de presentar una demanda arbitral contra el Estado colombiano	Indeterminadas
Glencore (Glencore IV)	Tratado Bilateral de Inversiones Suiza-Colombia (2006)		Indeterminadas
South 32	Tratado Bilateral de Inversiones Reino Unido-Colombia		$ 155,00
Odebrecth Latin Invest Transport Colombia	APPRI Colombia – España		$ 864,80
Total			$ 1.019,80

Fuente: Elaboración propia con base en información de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (2022).

3.1.3. Conclusión: desmontar la asimetría normativa que representan los tribunales de arbitramento para las inversiones

Los Tribunales de Arbitramento de inversiones son una amenaza para la soberanía de los Estados, pero también son una amenaza para nuestra comprensión de la justicia, pues son la representación de una desigualdad que ni siquiera se pretende maquillar. Como se situó, las decisiones que se derivan de estas demandas son un castigo a los Estados por realizar su trabajo, pero también, como lo han situado Moore y Orellana (2022), son una suerte de advertencia que hacen las empresas transnacionales a los Estados si se atreven a adoptar decisiones que les pueda afectar. Esto último es lo que dichos investigadores denominan como el "efecto disuasorio" o de "enfriamiento" que genera la sola existencia de los mecanismos de arbitraje.

La mera posibilidad de que una empresa pueda demandar a un Estado ante un tribunal de arbitramento genera que los Estados, antes de ser demandados – o para no serlo – se autolimiten en sus decisiones públicas y no expidan sentencias (rama judicial), no emitan leyes (rama ejecutiva) o se abstengan de emitir actos administrativos y otras decisiones de política pública (rama ejecutiva) que son necesarias para el avance en políticas y derechos. Se trata, entonces, de una forma de disciplinar a los Estados de manera preventiva, y de aleccionarlos en forma posterior cuando se "atreven" a tomar medidas a favor de los derechos humanos, el ambiente o la justicia social (Moore y Orellana, 2022).

Por esta razón, algunos países han reaccionado enérgicamente ante laudos condenatorios en su contra. Por ejemplo, Venezuela, Bolivia y Ecuador decidieron abandonar en su momento la Convención CIADI, solo volviendo el último de ellos en septiembre de 2021 (CIADI, 2022), mientras que países como Sudáfrica e Indonesia han decidido finalizar varios de los tratados bilaterales de inversión que estaban siendo

utilizados para que empresas transnacionales los demandaran ante mecanismos de arbitraje. Durante el inicio de las negociaciones en 2013 de un Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y la Unión Europea, uno de los puntos más álgidos del debate con la sociedad civil europea fue la inclusión de cláusulas de arbitraje para las controversias Estado – inversores. En 2011, el gobierno australiano llegó a anunciar que no firmaría ningún otro acuerdo bilateral de inversión que incluyera cláusulas de arbitraje para controversias Estado – inversor. Un tratado reciente entre Australia y Japón no incluye el arbitraje entre inversores y Estados, mientras que otro Tratado Bilateral de Inversión australiano con Corea del Sur incluye el arbitraje, pero excluye ciertas áreas de política como la protección ambiental y la salud pública (Cotula, 2014).

Consideramos que, en línea con lo anterior, Colombia debe asumir una postura vehemente y crítica contra este tipo de mecanismos. El nuevo gobierno, por ejemplo, ha hecho pública su intención de revisar por lo menos los TLC firmados con Estados Unidos y México[94]. Debería aprovecharse esta oportunidad para que el gobierno revise todas las cláusulas de los acuerdos suscritos por el Estado que permiten a las empresas transnacionales de las partes recurrir a tribunales de arbitramento, teniendo en cuenta la asimetría que estas cláusulas representan para Colombia.

En estas negociaciones, Colombia debería tener, como mínimo, el objetivo de limitar las áreas sobre las que los tribunales de arbitramento internacionales pueden dirimir controversias, excluyendo aquellas relacionadas con la implementación de políticas públicas y legislación relacionada con materias ambientales y de derechos humanos[95]. Como mínimo, también, y para nivelar la balanza, Colombia debería exigir activamente la negociación y adopción del Tratado Vinculante en empresas y derechos humanos que se discute en Naciones Unidas. Si los Estados deben responder internacionalmente por violar sus acuerdos con los inversionistas extranjeros, de forma equivalente las empresas también deberían ser responsables por el incumplimiento del ya existente sistema de internacional de derechos humanos. El objetivo político y jurídico más amplio, sin embargo, sería el de situar una postura decidida y crítica en contra de cualquier mecanismo que, como los tribunales de arbitraje Estado – inversor, no esté orientado a la búsqueda de justicia sino a la garantía de intereses privados.

3.2. La regulación "débil" de las empresas a través de las leyes de debida diligencia o con enfoques de responsabilidad social empresarial

Como se situó previamente, la tendencia normativa que actualmente están siguiendo algunos países en el tema de empresas y derechos humanos es la adopción de leyes de debida diligencia. Se trata de leyes que crean procedimientos al interior de las empresas para que identifiquen, prevengan y mitiguen los riesgos de sus propias operaciones comerciales. Esta tendencia normativa podría explicarse como una respuesta que persigue llegar a un punto medio entre las exigencias de regular a las empresas mediante

[94] El entonces delegado para presidencia del equipo de empalme de Gustavo Petro, Luis Fernando Velazco, anunció el 14 de julio de 2022 que, en reunión con funcionarios de la embajada de Estados Unidos, se hizo la solicitud al gobierno estadounidense de incluir en la agenda bilateral la renegociación del TLC firmado entre los dos países (W Radio, 2022; Portafolio; 2022). Después de la posesión del 7 de agosto, sin embargo, no se han hecho públicos avances al respecto.

[95] Esto último es algo que ha recomendado el Natural Resource Governance Institute, el cual es una organización sin ánimo de lucro, con sede en Nueva York, que busca reducir el impacto negativo del sector extractivo en países con bienes naturales. De igual manera, la OCDE y el FMI han recomendado a los Estados no implementar cláusulas de estabilización en sus contratos de inversión con extranjeros, o por lo menos buscar que estas se limiten a un periodo fiscal específico y razonable, que de nuevo excluya las necesidades de legislación para la adaptación climática y el cumplimiento de los derechos humanos, así como buscar que dentro de estos contratos se incluyan los riesgos operativos correspondientes a la limitación, suspensión o cancelación de las actividades económicas, respondientes a eventualidades relacionadas con los efectos del calentamiento global, contaminación emergente y/o reclamaciones de las comunidades locales. Esto último sobre todo en industrias como la petrolera y la minera (Woodroffe, 2021).

mecanismos obligatorios, y las exigencias del sector corporativo dirigidas a que el marco de regulación que las guie parta de esquemas de responsabilidad empresarial.

Se trataría de un punto intermedio porque, aunque con esta tendencia regulatoria estamos transitando de directrices, guías o políticas internas empresariales sobre debida diligencia en derechos humanos a normas con fuerza de ley, mediante las que los Estados pueden obligar a las empresas a contar con procedimientos que garanticen la debida diligencia, dichas normas parten de un marco que, al derivarse de la responsabilidad empresarial, es absolutamente limitado desde un enfoque de derechos humanos. En otras palabras, mediante estas leyes estamos pasando de considerar la debida diligencia como algo que las empresas *pueden adoptar* de manera voluntaria para asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos, a considerarla como un procedimiento que los Estados *deben exigir* a las empresas, imponiendo para ello ciertas obligaciones. Pero, a la vez, estamos tomando como referencia para este tipo de obligatoriedad un marco conceptual insuficiente, limitado, e incluso problemático para dar respuesta a los daños y violación de derechos que ocurren como consecuencia de operaciones empresariales.

Por ello, aunque en principio la adopción de estas leyes puede parecer un paso hacia adelante en términos de regulación empresarial, consideramos que hay varios riesgos de comprenderlo como un progreso normativo. El primero, que retomaremos más adelante, consiste en que estas leyes impulsan un enfoque regulativo corporativo, para un problema que requiere un abordaje desde un enfoque de derechos humanos. El segundo se relaciona con el contexto, pues al convertirse en una tendencia normativa en distintos países, se corre el riesgo de que el enfoque sea aterrizado de manera desconectada de las necesidades de regulación que se derivan de los problemas específicos que enfrenta Colombia sobre los efectos de la operación empresarial en los derechos humanos. El tercero es que, en relación con lo anterior y al convertirse en una tendencia normativa descontextualizada de las necesidades nacionales y locales, se pierde la oportunidad de pensar en otras alternativas de regulación mucho más apropiadas para la solución del problema al que nos enfrentamos.

Para profundizar en estos puntos, en esta sección presentaremos un análisis de las leyes e iniciativas legislativas sobre debida diligencia y de otras normativas que, aunque no responden directamente a la debida diligencia, se pueden entender como desarrollos parciales de dicho enfoque, o como derivaciones de enfoques de responsabilidad social corporativa; luego presentaremos nuestro análisis crítico de la debida diligencia, con base en el estudio de las leyes e iniciativas mencionadas; finalmente presentaremos algunas ideas que, con el ánimo de abrir el debate, buscan problematizar la posibilidad de que Colombia adopte una ley con un enfoque en la debida diligencia empresarial en derechos humanos.

3.2.1. El enfoque de debida diligencia empresarial en derechos humanos en 14 países del mundo

En este apartado trataremos de explicar por qué consideramos que las leyes de debida diligencia, u otras leyes con puntos de partida similares, son insuficientes. Para ello presentaremos un análisis de 15 iniciativas normativas de este tipo impulsadas en 14 países o comunidades políticas que se encuentran en trámite, o que han sido aprobadas o rechazadas, y que tienen distinto tipo de orientación y diferente grado o nivel de exigibilidad hacia las empresas. Se trata de iniciativas emprendidas en Alemania, Australia, Austria, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Italia, México, Países Bajos, Noruega, Reino Unido, Suiza y la Unión Europea. De las 15 leyes o iniciativas revisadas[96], 12 proceden del ámbito europeo, lo que tiene impactos trascendentales para otros Estados, ya que muchas de las grandes compañías transnacionales

[96] Para este documento, las leyes o iniciativas analizadas se revisaron, principalmente, en la base de datos construida por la European Coalition for Corporate Justice (2021), y esta búsqueda se complementó con la consulta específica por cada uno de los países latinoamericanos y europeos, verificando los datos vía páginas oficiales de sus parlamentos y gacetas legislativas.

tienen su sede o parte de sus operaciones en dicha región. La única iniciativa de un país latinoamericano que pudo identificarse fue un proyecto de ley mexicano que aún no ha llegado a convertirse en ley. De otro lado, la iniciativa de ley de debida diligencia impulsada en Colombia por la Defensoría del Pueblo no se tendrá en cuenta en este análisis, pues está en estado de formulación[97].

Las normas que fueron analizadas, hayan o no sido adoptadas, no han sido igual de ambiciosas; algunas han adoptado directamente el enfoque de debida diligencia en derechos humanos, mientras que otras han adoptado algunos de sus elementos y por ello resultan relevantes para el análisis. Para comprenderlas de mejor manera, hemos retomado una clasificación de Bueno (2019) sobre las leyes de debida diligencia o con enfoques equivalentes, según lo ambicioso de sus medidas. De esta manera, pueden identificarse tres grupos de enfoques normativos en debida diligencia en materia de derechos humanos: (i) un primer grupo está representado por aquellas legislaciones concentradas en la obligación de las empresas de *divulgar información*, la cual opera bajo diferentes regímenes de obligatoriedad y regularidad; (ii) un segundo grupo de legislaciones, más abarcadoras, son aquellas de debida diligencia que implican la *obligatoriedad* de incluir mecanismos de prevención, vigilancia y reparación de violaciones a los derechos humanos; (iii) por último, hay un grupo de instrumentos jurídicos que, además de obligar a las empresas a contar con esquemas de debida diligencia, establecen *responsabilidades* a las personas jurídicas, aunque en algunos casos también sobre personas naturales pertenecientes al sector empresarial. A continuación, presentamos cada uno de estos grupos.

Leyes de debida diligencia que se limitan a exigir la divulgación de información

Con esta clasificación se hace referencia a leyes que implementan medidas de debida diligencia concentradas en la imposición del deber a determinadas empresas de divulgar información sobre sus actividades económicas, pero que no necesariamente las obliga a tomar acciones al respecto, ni deriva responsabilidades ante el incumplimiento de los deberes impuestos. Se trata de leyes que tampoco abordan la debida diligencia de manera integral, y que de hecho se concentran en algunos temas específicos en materia de derechos humanos. Podría decirse que se "inspiran" en algunos elementos de la debida diligencia en derechos humanos, sin ser legislaciones comprensivas en la materia.

En este grupo podemos encontrar la sección 1502 de la Ley Dodd-Frank de Estados Unidos, que busca que las empresas rastreen e informen si están importando minerales de zonas de conflicto minero en la República Democrática del Congo (RDC) y otros países vecinos, y las leyes de "Modern Slavery" de Reino Unido y Australia, las cuales parten de un enfoque empresarial que exige a las empresas hacer "declaraciones" sobre la exclusión de la esclavitud y el trabajo forzado.

Este tipo de normas resultan excesivamente limitadas, al menos en tres sentidos. Por un lado, se enfocan en problemáticas que, si bien son graves, tales como las violaciones de derechos humanos que se derivan de contextos de extracción de bienes naturales en el marco de conflictos armados y el trabajo esclavo, dejan por fuera un sinnúmero de problemas en derechos humanos generados por las empresas trasnacionales, además de enfocarse solamente en los problemas de derechos humanos que causen las empresas en unos países, en el caso de la norma de Estados Unidos. Por otro lado, ninguna de estas normas se preocupa por las personas afectadas o víctimas de la operación empresarial; de hecho, las leyes relacionadas con esclavitud moderna tienen un enfoque de seguridad y lucha contra el crimen que no necesariamente ataca la responsabilidad de las empresas que establecen vínculos con este tipo de organizaciones.

[97] De acuerdo con la respuesta de la Defensoría del Pueblo, del 22 de agosto de 2022, a un derecho de petición enviado por SIEMBRA, el escrito del proyecto de ley está programado para ver la luz pública en diciembre de este año 2022.

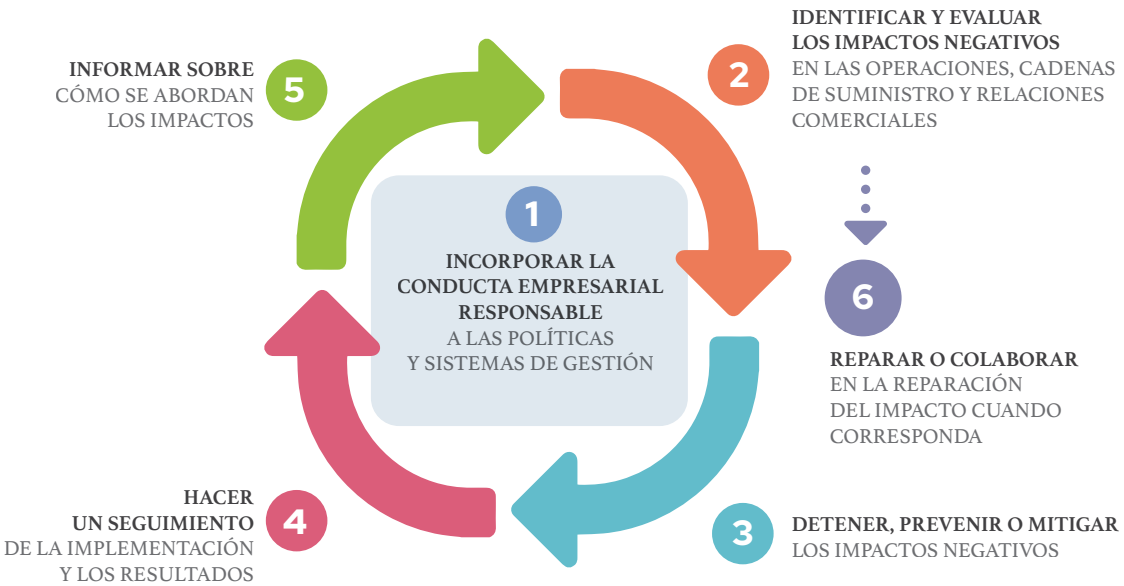
Finalmente, estas leyes son absolutamente blandas en cuanto a las responsabilidades y obligaciones que se derivan del ya limitado espectro de obligación que estas leyes imponen. En el caso de la ley estadounidense, por ejemplo, se contemplan unas sanciones por violación de protocolos de información referentes a leyes de importaciones estadounidenses, mientras que, en el caso de las leyes de Reino Unido y Australia, las sanciones son poco contundentes; bajo la ley australiana, por ejemplo, si una empresa se niega a suministrarle la información debida al gabinete del primer ministro, este se limitaría a hacer pública la información del incumplimiento y el nombre de la empresa.

Leyes que obligan a las empresas a adoptar mecanismos de debida diligencia.

Las leyes o normativas de este apartado, además de exigirle a las empresas divulgar información sobre las posibles afectaciones que su actividad pueda tener en los derechos humanos, obligan a las empresas a adoptar sistemas de debida diligencia que incluyen prevención, veeduría y algunos tipos de sanciones. Estas leyes buscan, entonces, comprometer a las empresas con los daños de sus actividades económicas, mediante la aplicación de protocolos y medidas de seguimiento y rendición de cuentas, respaldadas con algunas sanciones por incumplimiento. Esta transición entre divulgar y controlar es visible tanto en el Reglamento 2017/821 de la Unión Europea, que estableció un Sistema de Debida Diligencia Europeo, el cual incluyó obligaciones de auditorías, gestión del riesgo y divulgación. Sin embargo, el Reglamento contiene pocas responsabilidades específicas, ya que, ante omisiones del sistema de debida diligencia, la Comisión Europea debe hacer un "llamado de atención" a partir del cual la empresa debe corregir. De no hacerlo, se aplicaría un régimen de sanciones a discreción de los Estados miembros. En una dirección similar apunta la ley de transparencia noruega de 2022, la cual adoptó los seis principios de debida diligencia de la OCDE, contemplando solamente responsabilidades administrativas por saltarse la norma, las cuales estarían sujetas a reglamentación del ejecutivo (Gráfica 3).

Gráfica 3

Proceso de Debida Diligencia



Fuente: OCDE (2018)

También se identifican leyes con esquemas más limitados de debida diligencia, tal como ocurre con la Ordenanza sobre Obligaciones de Debida Diligencia y Transparencia en Materia de Minerales y Metales Provenientes de Zonas de Conflicto y Trabajo Infantil, adoptada en Suiza como contrapuesta a la *Responsible Business Initiative*, la cual fue derrotada en el año 2020 a pesar de ganar en el voto popular, luego de ser rechazada en la mayoría de los cantones suizos[98]. La contrapropuesta, que entró en vigencia en enero de 2022, es mucho más limitada que la propuesta de debida diligencia derrotada en 2020. Mediante esta ordenanza se exige a las empresas suizas la protección de los derechos humanos y del ambiente, pero sin derivar de ello ningún tipo de responsabilidad. Para ello, se requerirá a las empresas información sobre áreas relacionadas con derechos humanos y medio ambiente, y se solicitarán informes relacionados con los minerales provenientes de países en contextos de conflicto armado, así como información para prevenir el trabajo infantil a lo largo de la cadena de suministro (Lenz & Staehelin, 2021).

Leyes de debida diligencia que contemplan grados de responsabilidad.

En este apartado clasificamos las leyes o iniciativas que, a los componentes de divulgación de la información e implementación obligatoria de medidas de debida diligencia, se le agrega un componente de asignación de responsabilidades, bien sea administrativas, civiles o penales.

La ley italiana de 2001 sobre responsabilidad de personas jurídicas, que no es una ley concebida como de debida diligencia, estableció un modelo para que las empresas identifiquen actividades riesgosas, establezcan protocolos de acción con el fin de prevenir delitos, e impuso la obligación de revelar información a órganos de control y establecer sistemas disciplinarios por el incumplimiento de dicho modelo. De este esquema, la ley deriva responsabilidades administrativas y penales diferenciadas (FIDH, 2019). Por su parte, el Proyecto de Ley Danés B-82 —el cual fue rechazado— contemplaba la debida diligencia a lo largo de la cadena de suministro para prevenir violaciones de los derechos humanos por la actividad económica y establecía mecanismos para compensación de personas afectadas.

Otras leyes desarrollan la debida diligencia con un enfoque en temáticas específicas, tal como ocurre con la ley de trabajo infantil de los Países Bajos de 2019. Esta ley se limita a exigir a las empresas informar que han llevado a cabo la debida diligencia en la cadena de suministro en relación con el trabajo infantil, lo cual debe ser entregado a la autoridad nacional competente, derivando del incumplimiento sanciones administrativas como multas y, en algunos casos, sanciones penales para los ejecutivos de las empresas.

La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo de Debida Diligencia Empresarial Sostenible, por su parte, busca la ampliación del marco de debida diligencia en la Unión Europea. Establece reglas para que las empresas respeten los derechos humanos en las cadenas de valor globales y establece responsabilidades civiles por daños y perjuicios si se incumplen las obligaciones establecidas, o si se

[98] Esta iniciativa ciudadana aglutinó a varias organizaciones de la sociedad civil que buscaron incluir en la Constitución la exigibilidad del respeto por las normas internacionales de derechos humanos y ambientales a empresas suizas, específicamente aquellas con "sede estatutaria", "administración central" o "lugar principal de negocios" en Suiza. Fue rechazada por los cantones suizos a pesar de contar con la aprobación por un estrecho margen de la votación popular (Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa, 2022). Bajo esta iniciativa, las empresas estarían obligadas a ejercer la diligencia debida; en particular, debían examinar las repercusiones reales y potenciales sobre los derechos humanos internacionalmente reconocidos y sobre el medio ambiente, tomar las medidas adecuadas para prevenir cualquier violación de los derechos humanos internacionalmente reconocidos y de las normas ambientales internacionales, poner fin a las violaciones existentes e informar sobre las medidas adoptadas. Estas obligaciones se aplicarían tanto a las sociedades controladas como a todas las relaciones comerciales subyacentes. Las empresas también serían responsables por las violaciones de los derechos humanos de las empresas que controlan, y deberían probar haber ejercido toda la diligencia prevista en el contrato para prevenir el daño o que su diligencia no hubiera impedido que se produjera el daño. Esta responsabilidad implicaba responsabilidad civil por daños y perjuicios, pero no existía mención explícita a las víctimas y sus medios para exigir reparaciones (Schneider, 2020).

produce algún efecto adverso que debería haber sido identificado, prevenido, mitigado, eliminado o minimizado. Sin embargo, esta iniciativa es objeto de críticas en su estado actual. De acuerdo con Walsh (2022), se aplica a muy pocas empresas, pues el 99% de los negocios quedan excluidos de estas normas, se permite la firma de cláusulas entre empresas y proveedores para evitar juicios, no se tienen en cuenta barreras para el acceso a la justicia de las personas afectadas, y no hay un enfoque centrado en personas y comunidades afectadas, entre otras críticas.

Por otro lado, la ley de debida diligencia francesa de 2017 ha sido un instrumento legislativo de referencia en Europa, dadas las obligaciones que impone para que las empresas francesas se cercioren de que sus cadenas de suministros están libres de delitos contra los derechos humanos y contra el ambiente. La ley impone el deber a cierto tipo de empresas a desarrollar un Plan de Vigilancia para identificar los riesgos y prevenir violaciones graves a los derechos humanos, pero deriva solamente responsabilidades civiles en caso de que se causen daños y perjuicios por incumplimiento de las disposiciones de la ley.

La ley alemana de 2022, por su parte, también se ha convertido en punto de referencia para la aplicación de los principios de la ONU y la OCDE. Impone obligaciones a ciertas empresas en materia de prevención de daños y medidas de precaución, lo cual incluye establecer una gestión de riesgos efectiva y realizar análisis de riesgos de manera sistemática para su propio negocio y proveedores directos, y de forma *ad hoc* para proveedores indirectos, con el fin de identificar riesgos para las personas y el ambiente y para prevenir, terminar o mitigar violaciones. Si las partes afectadas afirman ante la Oficina Federal de Asuntos Económicos y Control de Exportaciones (BAFA, por sus siglas en inglés) que sus derechos están siendo violados o amenazados directamente por el incumplimiento de una empresa de sus obligaciones de debida diligencia, la BAFA debe tomar medidas e investigar si se ha producido un incumplimiento, y trabajar para su eliminación por parte de la empresa. Si bien las empresas adquieren la obligación de remediar los daños ocasionados por sus actividades, las responsabilidades se mantienen en el marco administrativo.

Finalmente, contamos con proyectos de ley en curso en Austria y en México que entrarían en esta categoría. En el primer caso, la ley austriaca busca aplicar medidas de debida diligencia a empresarios que disponen un producto definido en el mercado austriaco y a comerciantes que los ofrecen en venta en Austria. La legislación conlleva a que el importador de productos debe cumplir con la debida diligencia y establece responsabilidades administrativas y civiles bajo demanda por violaciones de la Ley de Protección al Consumidor. En el segundo caso, el proyecto de ley mexicano buscaría también establecer un procedimiento de debida diligencia, estableciendo medidas para la remediación de daños en caso de incumplimientos a través de responsabilidades administrativas y civiles. Un aspecto que genera mucha discusión es la propuesta consistente en que, si la empresa logra comprobar que la violación de derechos ocurrió por omisión del Estado, este sería el responsable (Animal Político, 2021).

Estas normas, que serían las más "fuertes" de los tres grupos presentados, tienen, sin embargo, dos limitaciones. La primera consiste en que la responsabilidad de las empresas pasa por demostrar el incumplimiento de la debida diligencia; es decir, el punto de partida para probar la responsabilidad de una empresa no es el daño que cause sino el cumplimiento o incumplimiento de un procedimiento y de las obligaciones contenidas en la ley. Probatoriamente, las empresas podrían eximirse de su responsabilidad demostrando que han seguido las obligaciones de debida diligencia, aun cuando haya provocado daños que se traduzcan en violación de derechos. La segunda limitación es que las distintas normas contemplan miradas restringidas de la responsabilidad, la mayoría de ellas impulsando responsabilidades civiles o administrativas, y en pocos casos penales.

3.2.2. Debida diligencia en derechos humanos: un enfoque equivocado para responder al poder corporativo

Las leyes e iniciativas de debida diligencia presentadas nos dan luces sobre los alcances de este enfoque normativo. Aunque difieren en su fuerza y en su objetivo, y aun cuando ha habido países más arriesgados que otros a la hora de desarrollarla, estas leyes nos dejan ver el marco de acción dentro del que se mueve la debida diligencia empresarial en derechos humanos, tal como ha sido discutida o aprobada en varios países del mundo. Por ello, las conclusiones que puedan extraerse resultan claves para las discusiones que se están abriendo en Colombia en esta materia.

Con este objetivo presentamos nuestra mirada sobre las leyes e iniciativas presentadas. Para ello, expondremos cuatro argumentos sobre la insuficiencia del enfoque de la debida diligencia, retomando un documento de FIAN Internacional (2022), el cual propone unas críticas a la debida diligencia que consideramos acertadas y valiosas, y que por ello tomamos como punto de partida para complementarlas con nuestra mirada, a partir del análisis de las leyes e iniciativas normativas previamente expuesto.

> *Es equivocado partir de un enfoque en la debida diligencia y no en los derechos humanos para abordar los daños producidos por las corporaciones.*

Existe un problema de partida de las leyes de debida diligencia y otras de enfoque similar presentadas. Los países que han discutido o aprobado leyes de debida diligencia han encontrado que esta figura constituye una solución al problema de los daños y violaciones de derechos humanos que ocurren como consecuencia de actividades empresariales. Aun cuando, como se mencionó, los países estudiados conciben la debida diligencia de maneras diferentes, derivando de ellas responsabilidades más blandas o más duras, todos asumen que este enfoque va a permitir el respeto de los derechos humanos si las empresas cumplen con lo dispuesto en la debida diligencia.

Esta manera de concebir la solución al problema considera que el hecho de que las empresas causen daños y violen derechos humanos es algo que encontraría una solución con la adopción de medidas *internas* de las empresas, basadas en una serie de procedimientos que estas deben aplicar. Como se ha mencionado, la debida diligencia proviene de enfoques de responsabilidad social corporativa, y se trata de procedimientos que, como los desarrollados en varias de las leyes analizadas, buscan que las empresas sigan ciertos pasos para asegurarse de que no causarán impactos, o que tomarán medidas para informar a los Estados sobre sus operaciones, prevenir o mitigar daños en desarrollo de su operación o actividad económica.

Pero el problema no es solamente interno y no es cuestión exclusiva de procedimientos. El poder de grandes empresas y de empresas transnacionales, que tiene como consecuencia la violación de derechos, no ocurre simplemente porque las empresas no siguen unos pasos internos para evitarlos; de hecho, muchas compañías que tienen voluntariamente políticas de debida diligencia han causado daños y han generado con su operación múltiples violaciones de derechos humanos[99]. Como lo mencionábamos en secciones previas, la violación de derechos como consecuencia del actuar corporativo ocurre porque hay

[99] Al respecto se puede mencionar el caso de la minera sudafricana Anglogold Ashanti, cuya presencia en Colombia ha estado cargada de polémicas frente a su abordaje de debida diligencia en derechos humanos. Pese a que dicha empresa ha desarrollado estándares para su llegada a poblaciones locales, sus prácticas distan bastante de lo que la empresa misma contempla dentro de la "debida diligencia". Desde su llegada a Colombia, que empezó bajo otra denominación (llamándose Sociedad Kedahda S.A), ha estado vinculada a polémicas relaciones de apropiación de propiedades de comunidades indígenas en el Chocó, a estigmatización de líderes sociales en el Tolima y Antioquia, al desconocimiento de la participación democrática de la ciudadanía, impulsando cuestionamientos jurídicos en tribunales colombianos contra la consulta popular de Cajamarca, y a la profundización de relaciones antagónicas entre la ciudadanía y la fuerza pública, pues esta última ha sido contratada directamente por la empresa para resguardar los proyectos mineros que intenta desarrollar en el país, en territorios fuertemente afectados por el conflicto armado interno. Para

una serie de condiciones políticas, jurídicas y sociales que, en cada país, propician o avalan operaciones empresariales dañinas o abiertamente criminales.

Por ello, el enfoque normativo de leyes que busquen regular el tema de empresas y derechos humanos debe ser en el daño y no la debida diligencia, tal como lo sitúa FIAN Internacional (2022). Poner el acento en el daño es situar el foco en lo *externo,* en las consecuencias del actuar corporativo, y en las víctimas o comunidades afectadas, tal como se verá posteriormente. El enfoque en el daño no implica que se deban dejar de lado las medidas, procedimientos y decisiones adoptadas por las empresas presuntamente responsables a la hora de valorar su responsabilidad, pero cambia completamente el foco de atención normativa, situándolo en el lugar correcto si, como objetivo último, se busca que las empresas respondan por los daños que ocasionan.

Esta orientación hacia el daño, adicionalmente, debe partir de un enfoque en derechos humanos que sea lo más abarcador posible. Esto es relevante para, por ejemplo, cuestionar el objetivo de leyes como la de Estados Unidos, Reino Unido, Australia, Suiza y Países Bajos, las cuales conciben como problemático –con razón– la esclavitud moderna, el trabajo infantil y la extracción, exportación e importación de metales en contextos de conflicto armado. Lo problemático es que limiten la debida diligencia a este tipo de casos, perdiendo de vista otro sinnúmero de problemas en derechos humanos que causan las empresas, y una serie de crímenes y violaciones de derechos que se cometen en el marco de operaciones empresariales, las cuales abarcan buena parte del catálogo de derechos actualmente reconocidos en normas internacionales.

Por ello, en nuestro criterio debemos impulsar marcos normativos que, si bien pueden tener en cuenta la debida diligencia como un elemento adicional, no deben limitarse a este enfoque. Por el contrario, deben partir de un enfoque de daños y de derechos humanos en un sentido amplio, que permita atacar todos los problemas que provocan las empresas en los derechos humanos, y quitarles el poder al sacarlas de esquemas que, como el de debida diligencia y como se verá enseguida, permiten la evasión de la responsabilidad jurídica.

Las leyes de debida diligencia desarrollan una idea limitada de responsabilidad jurídica

Teniendo en cuenta que, en esencia, la debida diligencia es un procedimiento que las empresas deberían seguir para respetar los derechos humanos, las leyes analizadas se enfocan en desarrollar lo que conciben como debida diligencia, y luego, cada una de ellas, en mayor o menor medida, desarrolla esquemas de responsabilidad que se derivan en caso de incumplimiento de los deberes que impone la debida diligencia. Es decir, el enfoque de estas normas no es la responsabilidad por los daños ocasionados o por las violaciones de derechos humanos ocurridas como consecuencia de actividades empresariales; de hecho, algunas de ellas ni siquiera derivan responsabilidades en lo absoluto. El enfoque de estas normas es un procedimiento que, de hecho, puede hacer más difícil demostrar la responsabilidad de las empresas.

profundizar en el accionar de la empresa, ver Centro Sociojurídico para la Defensa Territorial - Siembra (2021). Esto último fue corroborado recientemente por la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad (CEV), quien determinó que esta empresa "intervino en el conflicto armado". Según las indagaciones de la CEV, la Anglogold Ashanti suscribió un convenio con el Ejército Nacional, con el cual aportó 10.176 millones de pesos a unidades militares de la Séptima División que operaban precisamente en la región en donde se encontraban sus concesiones para realizar minería en el Chocó. Algunas de las unidades que recibieron dinero de la transnacional estarían involucradas en la confrontación con las guerrillas asentadas en la zona desde los años ochenta. Justo en el marco de aquella confrontación entre 2002 y 2006, 13 comunidades afrocolombianas del territorio colectivo de COCOMOPOCA fueron desplazadas (El Espectador, 2022). Al respecto, consultar en: https://www.elespectador.com/colombia-20/informe-final-comision-de-la-verdad/anglo-gold-ashanti-y-su-relacion-con-el-conflicto-armado-y-la-mineria-en-colombia-informe-final/#:~:text=Multinacional%20Anglo%20Gold%20Ashanti%20intervino,la%20guerra%20en%20el%20Choc%C3%B3.

En este sentido, la debida diligencia puede ser un mecanismo peligroso en algunos casos, pues a la hora de probar la responsabilidad de las empresas, las comunidades o personas afectadas van a enfrentar problemas para demostrar la responsabilidad de la persona jurídica o de las personas naturales que las componen, pues éstas van a poder desarrollar un argumento legal y probatorio que demuestre que, habiendo seguido todos los pasos que le eran exigibles en el marco de la debida diligencia, no hay manera de probar su responsabilidad.

De hecho, uno de los mayores problemas que existen para probar la responsabilidad de las empresas en violaciones de derechos humanos, tiene que ver justamente con la trazabilidad de la violación, es decir, con el nexo conector entre una acción o decisión de la empresa y el daño causado[100]. Por ello, la debida diligencia puede ser riesgosa, pues la empresa lo puede usar como argumento justamente para romper el nexo causal que, de por sí, ya es difícil de probar. Lo pueden hacer argumentando que ha tenido una conducta empresarial responsable, la cual se expresa en el seguimiento de una serie de procedimientos que se pueden verificar, a pesar de lo cual se produjo un daño que no se les puede endilgar.

Además de esta dificultad, que no es menor, las leyes de debida diligencia y otras con enfoque similar que fueron estudiadas, contemplan esquemas deficientes de responsabilidad, pues la mayoría de ellas dispone de medidas de responsabilidad administrativa, dando menor peso a la responsabilidad civil y, aún menos, a la responsabilidad penal. Aun cuando la responsabilidad administrativa es importante, no es posible limitarse a ella, derivando solamente sanciones consistentes en amonestaciones e indicaciones de corrección. Esta forma limitada de derivar responsabilidades debilita la aplicación del marco de derechos humanos, volviéndola un asunto de líneas éticas y no de compromisos legales claros y definidos con los que los afectados puedan exigir responsabilidades y reparaciones por los daños ocasionados (Amnistía Internacional, 2022). En ese sentido, un marco normativo en empresas y derechos humanos debe partir de un compromiso mínimo con responsabilidades administrativas, civiles y penales, buscando establecer un régimen que permita identificar las cuotas de responsabilidad de empleados directivos, empleados subordinados, subcontratistas, socios, y otros actores empresariales implicados.

Las leyes de debida diligencia se centran en los deberes de las empresas y desdibujan el rol de exigibilidad del Estado

A lo largo del texto hemos argumentado la necesidad de que las empresas respondan por los daños y violaciones de derechos que causa su operación. En este sentido, poner el foco en las empresas, como lo hacen las leyes de debida diligencia estudiadas, parecería un enfoque razonable. Sin embargo, lo importante no es solamente transitar de responsabilizar únicamente al Estado por las violaciones derechos humanos que ocurren, a derivar responsabilidades jurídicas para las empresas. Resulta igualmente importante la manera como entendemos la responsabilidad jurídica que deben tener las empresas, y los deberes y obligaciones que siguen teniendo los Estados en materia de derechos humanos, así como el rol preponderante que estos deben tener a la hora de: (i) exigir deberes y obligaciones a las empresas; (ii) imponer sanciones claras y proporcionadas al daño que estas generan; (iii) garantizar acceso a la justicia para cualquier tipo de daño o violación de derechos.

Lo relevante no es exigir a las empresas adoptar esquemas de debida diligencia en derechos humanos, sino obligarlas de manera clara y precisa a respetar los derechos humanos y hacerlas responsables administrativa, civil y penalmente en caso de que ello no ocurra, estableciendo mecanismos reales para el acceso a la justicia de las personas afectadas. Por ello, consideramos que las leyes de debida diligencia limitan el rol del Estado frente a las empresas a la sola exigencia de la adopción de la debida diligencia, derivando unas responsabilidades restringidas, tal como se analizó previamente. En cualquier marco

[100] Entrevista a Catalina Caro, Censat Agua Viva Amigos de la Tierra Colombia, agosto de 2022.

normativo sobre empresas y derechos humanos, el Estado debe recuperar su rol de exigibilidad frente a las empresas, así como su deber con las personas y comunidades afectadas de proporcionarles mecanismos reales para acceder a la justicia y obtener reparaciones.

Adicionalmente, el rol del Estado no se pude limitar a adoptar un único marco en empresas y derechos humanos, sea de debida diligencia u otro más adecuado para responder a daños o crímenes empresariales. Es necesario que, en aras de prevenir abusos de poder y la violación de derechos, los Estados emprendan un proceso de revisión jurídica del marco normativo que hace posible la operación de empresas de diversos sectores en sus países, y les dé un enfoque de derechos humanos, de manera que se limite la posibilidad de que las empresas abusen de su poder, perpetren daños y que de su operación se deriven violaciones de derechos humanos[101].

Un ejemplo de ello, para el caso colombiano y en relación con el sector minero-energético, consistiría en la adecuación normativa de los marcos legales en materia de contratación y concesión para la extracción de recursos naturales no renovables y licenciamiento ambiental, la adopción de marcos legales sobre participación ciudadana en asuntos extractivos o pasivos ambientales, así como la reconfiguración de figuras que, tergiversadas para el beneficio del sector extractivo como las de "utilidad pública" o el calificativo de "estratégico" de ciertos proyectos, han tenido grave impacto en los derechos humanos. De ser ajustadas por el Estado a un enfoque de derechos, todas estas medidas, más un marco específico para determinar la responsabilidad jurídica de las empresas y proporcionar mecanismos de acceso a la justicia, pueden limitar el poder de las empresas y prevenir abusos, daños y violación de derechos humanos en el marco de actividades empresariales.

> *Las leyes de debida diligencia no tienen como centro lo más importante: las personas y comunidades afectadas o víctimas del actuar corporativo*

La mayoría de las leyes e iniciativas de debida diligencia revisadas omiten hacer referencia explícita a las personas afectadas o víctimas, a sus derechos, a los mecanismos para acceder a los mismos y a las instancias frente a las que pueden reclamar reparaciones. Incentivar mecanismos "no judiciales de resolución de conflictos", como hacen algunas de las legislaciones revisadas, puede exacerbar la asimetría de poder entre empresas y comunidades y contribuir a la reproducción de situaciones de impunidad. Por ello, de nuevo insistimos en el enfoque equivocado que los marcos de debida diligencia desarrollan, pues en lugar de enfocarse en este procedimiento, los marcos regulatorios sobre empresas y derechos humanos deberían poner el acento en las personas y comunidades afectadas, muchas de las cuales son víctimas de graves crímenes y de violaciones de derechos humanos. Para ello, el enfoque normativo debe estar, como mencionábamos anteriormente, en el daño desde un enfoque de derechos, y en los mecanismos de justicia que se adopten o se creen para que las empresas respondan por sus actos.

De igual manera, resulta importante que los mecanismos de justicia que se creen partan del reconocimiento de la asimetría de poder entre grandes corporaciones y particulares, lo cual pasa por hacer un diagnóstico sobre las condiciones de posibilidad para que las responsabilidades de las empresas se hagan efectivas en espacios judiciales. En ese sentido, algunas de las normas estudiadas sobre debida diligencia parten de reconocer la inversión de la carga de la prueba, de manera que sean estas las que deban demostrar que desarrollaron los protocolos adecuados y que las violaciones a los derechos humanos y contra el ambiente no deberían vincularles. Sin embargo, como se situó previamente, probar la debida diligencia se puede volver contra las personas o comunidades afectadas, pues sería un eximente de responsabilidad. En todo caso, lo relevante sí es pensar en este tipo de medidas para

[101] Entrevista a Paula Álvarez, Pensamiento y Acción Social, agosto de 2022.

escenarios de justicia que partan de esquemas de responsabilidad y de sanciones contundentes para las empresas, donde es necesario que, desde un enfoque centrado en las personas afectadas y en las víctimas, se les brinden facilidades para garantizarles un acceso sustancial a la justicia.

3.2.3. ¿Debida diligencia en derechos humanos para Colombia? Apuntes sobre un rumbo limitado para el país

En Colombia, la Defensoría del Pueblo ha creado una Mesa Técnica para la elaboración del Proyecto de Ley en Debida Diligencia en Derechos Humanos, la cual está conformada por sectores de la academia, Organizaciones de Sociedad Civil, sector empresarial y entidades del Estado. La secretaría técnica de dicha mesa está conformada por la Universidad Externado de Colombia, la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas en Colombia y la oficina delegada para los derechos económicos, sociales y culturales de la Defensoría del Pueblo[102].

Adicionalmente, en su informe final 'Hay futuro si hay verdad. Hallazgos y recomendaciones de la Comisión de la Verdad de Colombia', la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad (2022) recomendó al gobierno nacional y al Congreso de la República crear políticas para "*mitigar y reparar las violaciones de derechos humanos, ambientales y territoriales relacionadas con las actividades empresariales y de negocios, especialmente en contextos de violencia generalizada y de conflicto armado interno*". Para ello recomendó que dichas políticas partan de "espacios multiactor" y que "fomenten" la debida diligencia empresarial en derechos humanos, ambientales y territoriales[103].

Tomando en cuenta el análisis expuesto en el acápite previo, consideramos que el marco de debida diligencia es inadecuado e insuficiente, y que no debería tomarse como punto de partida en Colombia para proponer soluciones de regulación para las empresas en el marco de los derechos humanos, sino apenas como un elemento adicional a tener en cuenta. Que otros países hayan perseguido ese camino no implica que el nuestro deba seguirlo. De hecho, apostar por figuras que han sido aplicadas en otros países, sin tener en cuenta sus defectos estructurales ni su inadecuación para contextos como el nuestro, puede ser parte del problema. Consideramos que es muy bienvenido que la Defensoría del Pueblo trabaje en el diseño de propuestas normativas, y que para ello cree espacios de discusión con la sociedad civil, e incluso que tenga en cuenta la debida diligencia en derechos humanos como un elemento a ser considerado. Nos preocupa, sin embargo, que el enfoque global dado a dicha apuesta haya sido el de la debida diligencia, sin dar espacio a la discusión sobre la orientación y el enfoque que una regulación legal sobre las empresas y los derechos humanos debería tener en Colombia.
Son varias las razones para sugerir una apertura en el debate sobre si la debida diligencia en derechos humanos es el enfoque que debe tener una iniciativa legislativa en el país. Presentamos, al menos, cuatro

[102] De acuerdo con la respuesta brindada por la Defensoría del Pueblo al derechos de petición enviado por SIEMBRA, la institución no contaba para el momento en que se le consultó con un articulado que permitiera evidenciar las ambiciones del proyecto, sin embargo, informó que se están programando mesas sectoriales para la identificación de problemáticas a superar con el proyecto, y una vez publicado, se destinarán espacios de socialización para garantizar la participación ciudadana y hacer más transparente cualquiera de los intereses en juego. Respuesta a derecho de petición, Defensoría del Pueblo, 22 de agosto de 2022.
[103] La CEV (2022, recomendación N°56) retoma los elementos propios de la debida diligencia, pues recomienda que estas normas incluyan el deber de las empresas de: ": 1) realizar análisis periódicos, transparentes e independientes sobre los impactos en derechos humanos, ambientales y territoriales que se puedan derivar de su actividad y las de sus cadenas de suministro; 2) realizar análisis del impacto de sus transacciones sobre tierras, de manera que no aumenten el riesgo de generar conflictos socioambientales o de concentración de tierras y acaparamiento territorial; 3) analizar el riesgo de agudizar conflictos; 4) verificar que los medios de seguridad pública y privada a los que acudan no escalen conflictos o hagan que las comunidades queden desprotegidas; y 5) reparar los daños que causen o, incluso, realizar la restitución inmediata de bienes y tierras, cuando sea del caso".

motivos que nos llevan a concluir que una ley con un enfoque en la debida diligencia, o limitado a esta figura, no es el camino para Colombia, con miras a abrir el debate:

La debida diligencia en derechos humanos es un enfoque inadecuado como punto de partida de una legislación en materia de empresas y derechos humanos para el país.

Es necesario tener en cuenta los problemas estructurales que tiene este enfoque, de manera que no repliquemos marcos normativos que están siendo adoptados en otros países, siguiendo en ese sentido tendencias normativas que no brindan soluciones reales al problema en el contexto colombiano. Para justificar este punto nos remitimos a las críticas que presentamos previamente de las leyes e iniciativas legislativas sobre debida diligencia.

El enfoque de debida diligencia es ineficaz para atender las violaciones de derechos humanos derivadas de operaciones empresariales que ya han causado daños en Colombia

El enfoque de la debida diligencia en el país resulta ineficaz para atender violaciones de derechos humanos ya consumadas derivadas del actuar corporativo y cuya operación sigue en su curso. Nos referimos a violaciones de derechos humanos que se derivan de operaciones empresariales a gran escala, tal como ocurre, por ejemplo, con la minería de carbón a cielo abierto. En casos donde hay un sinnúmero de daños causados a lo largo de décadas, muchos de los cuales se traducen en verdaderos crímenes y en la violación de múltiples derechos de comunidades étnicas y campesinas, la debida diligencia no solo resultaría inoportuna e ineficaz, sino que además se constituiría en una medida absolutamente desproporcionada y desconsiderada de la situación de personas, comunidades, trabajadoras y trabajadores que llevan años esperando mecanismos reales de justicia que partan de reconocer el daño calculado que las empresas que operan estos proyectos han perpetrado en los territorios[104].

La debida diligencia privilegia un enfoque corporativo que no tiene en cuenta las distintas visiones sobre el desarrollo.

Los conflictos socioambientales que emergen como consecuencia del actuar de corporaciones del sector extractivo se derivan de visiones diferentes que empresas y comunidades tienen del "desarrollo", del "progreso", de los "impactos" y de los "diálogos entre diferentes actores". Es decir, estamos ante visiones diferentes del mundo, lo cual debe ser tenido en cuenta al momento de optar por un enfoque normativo, el cual no puede favorecer la visión empresarial, tal como ocurriría con un enfoque en la debida diligencia. Que Colombia sea el país más peligroso del mundo para la defensa de derechos ambientales y territoriales (Global Witness, 2021[105]) pasa por la violencia que se ejerce contra quienes apuestan por otras formas de producir y de relacionarse con el entorno.

Este indicador es una alerta que exige que el Estado indague por la responsabilidad directa e indirecta que tienen las corporaciones que están detrás de los proyectos que generan conflictos socioambientales y en la violencia que se ejerce contra liderazgos ambientales y de defensa del territorio. A la vez, este indicador debe llevar a que el Estado se pregunte si la debida diligencia es la respuesta a unos niveles de violencia que se expresan en amenazas, hostigamientos, judicializaciones y asesinatos de quienes tienen una visión diferente del desarrollo. La oposición entre empresas y comunidades en muchas regiones del país es de tal magnitud, que se requiere que sea el Estado, quien con un enfoque de exigibilidad fuerte

[104] Entrevista a Paula Villa, Comisión Colombiana de Juristas, septiembre de 2022.
[105] De acuerdo con Global Witness (2021), Colombia registró, por segundo año consecutivo, la mayor cantidad de asesinatos en 2020, con 65 personas defensoras de la tierra y del ambiente asesinadas.

a las empresas y con mecanismos de justicia adecuados para las personas y comunidades afectadas, ofrezca reales garantías para acceder a la justicia y frenar la impunidad.

Como lo sitúa un reconocido líder ambiental, refiriéndose a los conflictos socioambientales que generan las empresas extractivas en los territorios, *"si esto se resolviera por acuerdos de voluntades, ya se habría resuelto"*[106]. De manera similar, si la debida diligencia fuera la respuesta a las violaciones de derechos humanos que se derivan de operaciones empresariales, estas ya no ocurrirían, pues varias de las empresas transnacionales que operan en el país cuentan con estas y otras políticas voluntarias de responsabilidad social empresarial. Es muy difícil pensar que habría un salto cualitativo si ahora el Estado pasa a obligar a las empresas a tener estos esquemas; es decir, si pasa de sugerirlos (voluntarios) a exigirlos (obligatorios). Por ello, más allá de la voluntariedad u obligatoriedad de la debida diligencia, este enfoque ya ha mostrado no ser operativo para atender las violaciones de derechos humanos ocasionadas por grandes empresas que operan en Colombia y que cuentan con dichos esquemas.

La debida diligencia es un enfoque equivocado para atender violaciones de derechos humanos derivadas de operaciones empresariales desarrolladas en el marco del conflicto armado colombiano

La debida diligencia es un enfoque inadecuado para contextos como el colombiano, caracterizados por altos niveles de violencia sociopolítica y por un conflicto armado que, a pesar de los valiosos esfuerzos de paz que se han adelantado y que se siguen adelantando por parte del gobierno nacional actual, continúa afectando a varias regiones del país. En este sentido, resulta por lo menos inquietante que la CEV haya llegado, en su informe de Hallazgos y Recomendaciones, a importantes conclusiones sobre la manera en que el sector empresarial, nacional y transnacional, se involucró, participó y se lucró del conflicto armado en Colombia, pero que de ellas derive explícitamente recomendaciones dirigidas a la adopción de marcos de debida diligencia, construidos en espacios "multiactor"[107]. Resulta sorprendente porque este enfoque es ilusorio e inconducente en casos en los que, como documentó la CEV, no nos referimos a empresas que tenían intenciones de ser responsables sino todo lo contrario, empresas que, a sabiendas del contexto de guerra, participaron de diferentes maneras para aprovechar este estado de cosas e impulsar sus inversiones. Por la importancia del tema, nos permitimos reseñar las que, en nuestra lectura, son las conclusiones a las que llega la CEV sobre el sector empresarial en el marco del conflicto armado:

- El paramilitarismo fue un entramado de relaciones entre diversos sectores, incluyendo a los empresarios. La CEV señala de manera clara que empresarios nacionales e internacionales apoyaron el proyecto paramilitar porque tenían intereses en la guerra, siendo más que simples "terceros" involucrados. De manera expresa, la CEV determina que "*algunos miembros del sector económico con participación en el paramilitarismo han sido parte integral del fenómeno*" (Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, 2022, p. 295). Uno de los casos que señala el informe es la investigación contra la empresa Drummond por su implicación en la conformación y desarrollo del Bloque Norte de las AUC.

[106] Entrevista a Robinson Mejía, Colectivo Socioambiental y Juvenil de Cajamarca (COSAJUCA), agosto de 2022.
[107] Aunque la CEV (2022) recomienda algunos puntos valiosos para el debate normativo sobre empresas y derechos humanos, como aquel de *"regular la concesión de proyectos de utilidad pública y análogos con criterios de derechos humanos, ambientales y territoriales"*, o que se establezca un régimen de responsabilidad legal para las empresas, estas recomendaciones están atadas al incumplimiento de la debida diligencia empresarial.

- Los sectores económicos representados en empresas y élites económicas que participaron del paramilitarismo y se lucraron y beneficiaron del conflicto armado, lo hicieron siendo cómplices y en algunos casos promotores de graves violaciones de derechos humanos, asumiendo diversos roles, "*desde papeles directos (instigar, patrocinar, cooperar) hasta dar apoyos pasivos (tolerar y omitir una debida diligencia) beneficiándose de la guerra*" (subrayado fuera del texto) (Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, 2022, p. 181.).

- De manera específica, la CEV indica que una figura clave para el paramilitarismo, como las Convivir, fue impulsada decididamente por sectores empresariales nacionales y transnacionales, destacándose el rol de Chiquita Brands y su filial en Colombia Banadex que, de acuerdo con datos de la Fiscalía General de la Nación, habría aportado a las Convivir 1,7 millones de dólares (Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, 2022, p. 297).

- Las empresas jugaron un rol en el despojo de tierras y territorios, pues fue funcional a lógicas productivas. Así, la CEV habla de "aprovechamiento económico", refiriéndose a casos en los que, una vez la población fue expulsada de las tierras, los territorios fueron destinados a proyectos económicos para propiciar la "*expansión de megaproyectos industriales, agroindustriales (banano, palma de aceite, caña, forestales), energéticos (carbón y petróleo), extractivos (oro y otros minerales) y turísticos*" (CEV, 2022, P. 524). La CEV señala que, desconociendo la debida diligencia, los empresarios aprovecharon la situación de conflicto para posicionar sus negocios: "*Empresarios nacionales y extranjeros, en contravía de la debida diligencia que les corresponde demostrar para adquirir tierras en zonas de conflicto armado, han aprovechado la situación de violencia para acaparar tierras en zonas estratégicas para sus inversiones*" (Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, 2022, p. 524).

- De acuerdo con datos de la Fiscalía dados a la CEV, como consecuencia de los testimonios dados por paramilitares en el proceso de Justicia y Paz, se ordenó la compulsa de copias para abrir investigaciones contra terceros civiles y presuntos financiadores del paramilitarismo. Se trata de un listado que contiene 16.772 casos de compulsa de copias, dentro del cual hay nombres de empresarios (CEV, 2022, p. 454). Asimismo, la CEV refiere que, en 35 sentencias derivadas de Justicia y Paz, proferidas entre 2011 y 2015, 43 actores empresariales fueron mencionados, mientras que en las sentencias de restitución de tierras "*hay referencias a estos actores en 3.000 casos, la mayoría relacionados con el sector ganadero, agroindustrial (banano y palma) y extractivo (carbón y petróleo)*" (Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, 2022, p. 296).

- Empresas nacionales y transnacionales contribuyeron a la militarización de los territorios, con las violaciones de derechos humanos que se derivaron de dicho escenario, a través de la delegación a la fuerza pública de la protección de proyectos de empresas extractivas, "*implantando lógicas de desarrollo ajenas a las de las comunidades*" (Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, 2022, p. 399). Para ello se celebraron convenios de seguridad para empresas privadas, las cuales pagaban los costos de la presencia militar para que la sede y la infraestructura de los proyectos fuera protegida.

Como se ha insistido, el enfoque de la debida diligencia resulta limitado por su origen en la responsabilidad social corporativa, pero resulta aún más inadecuado para aplicarlo en empresas que operan en contextos de violencia, pues en este tipo de casos resulta de extrema urgencia interrogar por los motivos que tienen las empresas para operar en escenarios de conflicto y lucrarse de ello, y evaluar su cuota de responsabilidad y de beneficio de este estado de cosas, no por negligencia en aplicación de procedimientos internos, sino muchas veces con completa aquiescencia. Como lo menciona

explícitamente la CEV (2022), la debida diligencia muchas veces fue omitida deliberadamente, por lo que resulta inaplicable en contextos donde, más que interrogar por la responsabilidad social de las empresas, como si fueran ajenas al contexto en el que operan, hay que indagar por su responsabilidad en la generación misma de ese contexto de conflicto armado. Por ello, en estos casos se requiere, justamente, de un enfoque en el daño y en la responsabilidad jurídica de los actores corporativos.

Con base en todo lo anterior, en la cuarta y última sección del texto presentaremos algunos elementos para generar un debate sobre el enfoque o elementos que consideramos deberían ser tenidos en cuenta al momento de construir un marco normativo en empresas y derechos humanos para Colombia que no parta ni se limite a la debida diligencia empresarial, y que nos permita pensar en otros caminos para enfrentar el problema de la falta de regulación empresarial en derechos humanos en el país.

4

HACIA UN MARCO NORMATIVO COLOMBIANO SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

A lo largo de este documento hemos situado la disyuntiva que existe entre normas vinculantes y obligatorias para resolver "la cuestión" de empresas y derechos humanos, relacionada con la manera como debemos regular el poder de las corporaciones para evitar que, con su operación, violen derechos humanos. Hemos evidenciado, a partir de los contenidos, propuestas y contexto político de cada uno de estos marcos regulatorios, que los marcos voluntarios son insuficientes y que alientan una mirada equivocada sobre las corporaciones, consistente en su posibilidad de actuar de manera ética y responsable por pura voluntad. Por ello, como todo el documento lleva a deducir, consideramos que las normas obligatorias para regular a las empresas son necesarias, pues podrían ayudar a resolver, en alguna medida, las injusticias que a diario experimentan personas y comunidades afectadas por la operación empresarial. En ese sentido, y sin ser la única respuesta, las normas obligatorias contribuirían a equilibrar el desbalance de poder creado por la asimetría normativa que existe entre los marcos regulatorios corporativos y los marcos regulatorios de derechos humanos.

Con base en lo anterior, en este último capítulo reafirmamos la necesidad de abonar un camino que nos lleve a construir un marco normativo colombiano sobre empresas y derechos humanos. Dicho marco debe partir de un enfoque de derechos, debe tener como enfoque el daño, debe proveer mecanismos efectivos de acceso a la justicia y un marco de reparaciones, y debe tener como centro lo más importante: las personas y comunidades afectadas por la operación empresarial. Comprendemos las limitaciones de los marcos legales para solucionar los problemas sociales, y sabemos que, por sí solos, no se constituyen en el remedio efectivo para atacar un problema político de gran envergadura, ni para enfrentar un poder corporativo que tiene sus cimientos muy bien asentados en el mundo actual.

Sin embargo, teniendo en cuenta los debates regulatorios descritos a lo largo del texto, es indiscutible que el derecho, y la exigencia de una normatividad fuerte, robusta y conducente para regular a las empresas, se puede constituir en una herramienta útil para las luchas por la justicia que comunidades y organizaciones vienen impulsando en Colombia para frenar el poder corporativo. Estas exigencias, además, estarían en sintonía con las que, de manera paralela, promueven miles de organizaciones a nivel internacional con el mismo propósito: la adopción de un instrumento jurídicamente vinculante para las empresas en el marco de los derechos humanos. En efecto, tal como hemos mencionado, múltiples organizaciones y movimientos sociales se están disputando en el plano internacional un Tratado Vinculante sobre Empresas y Derechos Humanos, pues ha sido evidente que la falta de regulación de las empresas facilita e incrementa el poder de las corporaciones[108].

Pues bien, consideramos que esta ruta de exigibilidad en el plano internacional requiere ser complementada por marcos nacionales que vayan en la misma dirección, de manera que las personas y comunidades afectadas, activistas y organizaciones de derechos humanos, contemos con herramientas en diferentes niveles que nos permitan exigir justicia frente a los daños que perpetran las corporaciones, así como frente a la impunidad en la que se encuentran las violaciones de derechos humanos que se han derivado de su accionar. En esta medida, pensar en la construcción de esta ruta legal en el plano nacional puede ser importante, también, para facilitar la voluntad política del Estado colombiano en la negociación de un Tratado Vinculante más protector. A su vez, esta ruta de exigibilidad requiere ir más allá de la debida diligencia, tal como se expuso en la tercera sección, pues consideramos que es importante apostarle a un marco obligatorio no solo en la forma sino también en los contenidos, los cuales deben imponer obligaciones claras a las empresas frente a los derechos humanos, deben derivar de ello responsabilidades jurídicas de diverso orden, y deben establecer mecanismos de acceso a la justicia.

[108] Desde Colombia, este esfuerzo es apoyado por la Mesa de las Organizaciones de la Sociedad Civil sobre Empresas y Derechos Humanos. Al respecto, ver 'Comunicación sobre el proceso del Tratado Vinculante de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos de la Mesa de Organizaciones de la Sociedad Civil sobre Empresas y Derechos Humanos – Colombia' enviada a la Viceministra de Asuntos Multilaterales Laura Gil el 10 de octubre de 2022. Disponible en: https://www.ciedhcolombia.org/_files/ugd/739426_a1efd785b9704d1a8678e4c6931e0b1a.pdf

Esta sección del texto no pretende proponer una ruta de acción específica, pues consideramos que esta debe partir de una discusión amplia que recoja varias miradas territoriales y de distintos sectores afectados por el poder corporativo. Sin embargo, queremos aportar a esta discusión proponiendo acciones en dos sentidos. La primera de ellas apunta a la exigencia de una revisión y modificación de la legislación nacional actual que permite que las empresas operen en el país. La segunda apunta a construir y proponer una ley general sobre empresas y derechos humanos. Pasamos a exponer brevemente cada una de estas propuestas con miras a abrir el debate.

4.1. Identificación, revisión y modificación de la normatividad que permite el abuso del poder corporativo

Como se expuso en las secciones previas, el poder corporativo se ha configurado y fortalecido gracias a la reconfiguración del Estado, de sus funciones y de la manera como se ha transformado la fuerza de lo normativo y los actores que deben estar presentes en su elaboración. De esta manera, tal como se ha insistido, nos encontramos ante un desvío estructural del poder, lo cual requiere de acciones que tengan una mirada igualmente estructural. En el texto denominado *Abusos de poder, extractivismo y derechos en la región Andina*, los autores proponen que los abusos de poder en que incurren empresas del sector extractivo, dadas las asimetrías de poder existentes entre dichas empresas y las comunidades afectadas, tiene como causa un sinnúmero de acciones y de omisiones que tienen como consecuencia la violación de derechos humanos (Asociación Pro Derechos Humanos -Aprodeh et al, 2019).

Para explicar este fenómeno, los autores proponen una categorización de estos abusos de poder, el cual se daría a través del *discurso*, que se concretaría a través de la negación que las empresas hacen de los daños que ocasionan o negando su gravedad, y estigmatizando a su vez a quienes los denuncian; se daría también a través de la *omisión institucional*, mediante la cual se permite que tanto empresas como el Estado evadan su responsabilidad al no activar mecanismos de protección y de justicia o al evadir la activación de mecanismos legales que ya están a la mano y que permitirían imponer sanciones u otro tipo de medidas a las empresas que causen daños; el abuso de poder también se posibilitaría a través de la *fuerza física*, usando para ello a la fuerza pública con el fin de proteger las inversiones de las empresas y contrarrestar la oposición legítima que puedan emprender líderes, lideresas y comunidades enteras contra la operación de las empresas en sus territorios; finalmente, el abuso de poder se concretaría *a través de normas legales*, lo cual se posibilita por la "*ausencia, flexibilización o aplicación contradictoria de normas*", así como por el desarrollo de argucias legales para des-reponsabilizar a las empresas (Asociación Pro Derechos Humanos -Aprodeh et al, 2019, p. 32).

Es imperativo pensar en rutas políticas y legales para evitar estas formas en las que ocurre el abuso de poder corporativo. En cuanto a la última de ellas, relacionada con lo legal, sería imperioso revisar los daños que causan las empresas debido a normas legales insuficientes, mal implementadas o no implementadas en lo absoluto, y que resultan compacientes con el poder corporativo. Por ello, una ruta a emprender, y en la que múltiples organizaciones tienen un trabajo avanzado, consistiría en la identificación de dichos problemas y proponer rutas de ajuste o cambio, y darle a la normatividad que, de diverso orden, permite que las empresas operen en el país, un enfoque de derechos humanos.

Nos referimos, entre otros, y tal como situamos en la tercera sección, a la revisión de la manera como se han concebido y aplicado figuras legales como la de "utilidad pública", o la manera como se viene usando el concepto de "interés general o nacional". Igualmente, nos referimos a las condiciones de aprobación de las licencias ambientales, para cuestionar el papel de las empresas en la elaboración de los Estudios de Impacto Ambiental o los Planes de Manejo Ambiental, a la revisión de los numerosos beneficios tributarios y las deducciones para el sector corporativo minero y de hidrocarburos, a las

condiciones de los tratados comerciales o de inversión para reconsiderar las cláusulas de arbitramento, a la modificación del código penal para incluir la responsabilidad de personas jurídicas, a la revisión de los marcos normativos en materia minero-energética, al establecimiento de auditorías ciudadanas para aquellos proyectos cuyos impactos ya están consumados y cuya operación sigue vigente, con la consecuente exigencia de medidas contundentes para frenarlos.

También nos referimos al respeto al derecho a la consulta previa, libre e informada de grupos étnicos y a la adopción de marcos legales sobre participación ciudadana en asuntos extractivos, tal como lo propone el Proyecto de Ley de Democracia Ambiental, el cual fue radicado en septiembre de este año en el Congreso de la República[109]. Sería también necesario revisar el marco legal que avala y permite la intromisión de las corporaciones en los debates legislativos, con miras a impedir la captura corporativa de los procesos deliberatorios y decisorios que deben tener un carácter democrático.

Los resultados de este ejercicio, el cual debe emprenderse con el foco en la manera como dicha legislación permite el abuso de poder corporativo y propicia violaciones de derechos humanos, arrojaría un panorama completo sobre el abuso de poder que se posibilita a través del derecho, es decir, a través de normas legales concretas, y trazaría una ruta de exigibilidad política y legal, identificando también las razones por las que la normatividad existente no es suficiente ni eficaz para la garantía de derechos.

4.2. Construcción de una ley general sobre empresas y derechos humanos

Tomando en cuenta el vacío legal identificado a lo largo del texto, con base en el cual no hay medidas concretas que permitan derivar obligaciones ni responsabilidad jurídica para las empresas, ni medidas de acceso a la justicia efectivas para las personas y comunidades afectadas por las corporaciones, proponemos iniciar un camino que nos lleve a exigir y a adoptar una **ley sobre empresas y derechos humanos en Colombia**. Nos referimos a una ley que, en el mismo sentido del Tratado Vinculante sobre empresas y derechos humanos, establezca un marco de acción claro para que las empresas cuenten con obligaciones en materia de derechos humanos, el Estado con deberes y obligaciones de exigibilidad hacia las mismas, y las personas y comunidades afectadas, así como las víctimas, con mecanismos de justicia. Todo ello con el objetivo último de que la prioridad en el país sea la defensa, protección y promoción de los derechos humanos, y no las inversiones y los intereses corporativos. Se trataría de un marco legal que tendría como objetivo subsanar la asimetría normativa y permitir a las comunidades afectadas, e incluso al Estado, una lucha más justa frente a la violación de derechos humanos por parte de las empresas.

Con la intención de abrir el debate sobre este camino, proponemos unos contenidos mínimos que deberían ser tenidos en cuenta al momento de construir esta propuesta normativa. Para ello, retomamos elementos que las organizaciones y movimientos sociales han posicionado durante los ocho años que lleva en discusión el Tratado Vinculante, así como el proceso que llevó al Centro de Derechos Humanos y Empresas de Brasil (Homa) a construir y presentar, en marzo de 2022, el primer proyecto de Ley Marco de Empresas y Derechos Humanos en el mundo, el PL Nº 572/2022[110]. Los contenidos o elementos que, en nuestro criterio, deben tenerse en cuenta, son los siguientes:

[109] Este proyecto fue impulsado por el Movimiento Nacional Ambiental y por SIEMBRA, con el apoyo de varias organizaciones de defensa de derechos humanos y contó con el respaldo de 20 congresistas en su radicación. Disponible en: https://www.camara.gov.co/mecanismos-de-participacion-en-contextos-extractivos

[110] Disponible en: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2317904

- Establecer de manera explícita la **primacía de las normas de derechos fundamentales** sobre los instrumentos legales que permiten la operación empresarial en Colombia, especialmente los relacionados con los acuerdos de comercio e inversiones. Aunque la Constitución Política nos da herramientas en este sentido, debe establecerse de manera clara, en esta ley, que los derechos fundamentales tienen prevalencia sobre las inversiones, y que, en caso de colisión entre intereses privados y derechos fundamentales, siempre deben primar estos últimos en la interpretación y aplicación de las normas. La inclusión de estas disposiciones podría respaldar la renegociación de tratados comerciales ya firmados que permiten los tribunales de arbitramento Estado-inversor.

- La ley debe **abarcar todos los derechos humanos** establecidos en los tratados internacionales que obligan a Colombia y los **derechos fundamentales reconocidos** en el ordenamiento jurídico interno. En esa medida, la ley debe reafirmar la universalidad, la indivisibilidad, la inalienabilidad e interdependencia de todos los derechos, en especial, el reconocimiento del impacto de las operaciones empresariales en los derechos ambientales, sociales, culturales y laborales.

- El **énfasis normativo debe estar en el daño y en las personas y comunidades afectadas** desde un enfoque de derechos. Esto implica que, ante cualquier conflicto entre normas de derechos humanos, prevalecerá la norma más favorable a la persona afectada. Además, implica reconocer el derecho de las personas y comunidades afectadas a: (i) participar en el proceso de prevención de violaciones de derechos humanos cometidas por empresas, el monitoreo y en la reparación integral; (ii) acceder a la justicia a través de mecanismos imparciales y no discriminatorios que les permita contar con las garantías suficientes para la restitución de sus derechos; (iii) una asesoría técnica independiente, con el fin de asegurar una participación cualificada; (iv) acceso a la información sobre las operaciones empresariales, los responsables por la toma de decisiones y sus respectivos roles en la cadena de valor.

- Este último punto es fundamental, pues la falta de acceso a la información profundiza el desbalance de poder entre las empresas y las comunidades afectadas en los procesos judiciales. Por un lado, las comunidades afectadas muchas veces no tienen acceso a información sobre los daños de la operación empresarial en sus territorios, o su información no es válida técnicamente, siendo descartada en los procesos administrativos o judiciales. Por otro lado, cuando se les pide a las empresas la información sobre los daños, estas se niegan a entregarla bajo el argumento de secreto comercial o proveen información alineada a sus intereses. Esto hace que los procesos judiciales, en su mayoría, resulten a favor de las empresas. Por ello también es importante que la ley obligue a **la inversión de la carga de la prueba**, para que sean las empresas, obligadas por el juez, quienes tengan que probar que no han incumplido con sus deberes de prevención y/o que no son responsables de los daños ni violaciones.

- La ley debe consignar de manera explícita el respeto y garantía del **derecho fundamental a la consulta previa, libre e informada** y el derecho a la **participación de comunidades campesinas y de la ciudadanía en general**, cuando las empresas emprendan cualquier medida que pueda afectar a los grupos étnicos, a las comunidades campesinas o a la comunidad, garantizando el derecho al consentimiento y al veto de los proyectos que se consideren contrarios a los intereses de las comunidades.

- La ley debe plantear el **deber del Estado** de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, exigiendo, además, que estos sean respetados por las empresas. En caso de violaciones derivadas de la operación empresarial, el Estado debe imponer sanciones claras y proporcionadas al daño ocasionado por las empresas, y asegurar acceso a la justicia, en igualdad de condiciones, a personas y comunidades afectadas.

- El Estado igualmente debe asegurar mecanismos de protección para las personas y comunidades afectadas, así como a personas defensoras de derechos humanos, en razón de su actuación en la denuncia de la violación de derechos y del abuso de las corporaciones. Esto implica que la ley disponga de mecanismos para atender los riesgos que se puedan derivar de sus labores de denuncia.

- Las responsabilidades de las empresas (deberá definirse el tipo de empresas que deben ser cobijadas por esta ley, sin duda enfatizando y garantizando que las empresas transnacionales que operan en Colombia estén cobijadas) deben pasar de un enfoque de mitigación a uno de prevención y reparación integral, asegurando un enfoque de derechos humanos, pues es insostenible afirmar que las violaciones de derechos se pueden "mitigar". En este sentido, las empresas deben adoptar mecanismos capaces de identificar y prevenir violaciones de derechos humanos, sin perjuicio de su responsabilidad civil, administrativa y/o penal, en caso de que se cometan las violaciones, así como mecanismos que garanticen que los procesos de reparación no generen nuevas violaciones de derechos humanos de las personas y comunidades afectadas.

- Uno de los mecanismos de prevención adoptados por la empresa puede ser **la debida diligencia,** siempre y cuando se conciba como un elemento adicional y no sea la base del enfoque normativo. Esto quiere decir que, aunque las empresas (como personas jurídicas) y tomadores de decisión (como personas naturales) hayan actuado con debida diligencia, deben estar obligados a responder y a reparar ante violaciones de derechos humanos. En este sentido, la debida diligencia no debería ser el punto de partida para probar la responsabilidad jurídica de las empresas, sino el daño causado.

- Es necesario entonces que existan **obligaciones directas para las empresas** de respetar los derechos humanos en sus propias actividades, en las de sus subsidiarias, sus cadenas de valor globales y relaciones empresariales. De esta forma, si las empresas incumplen con sus obligaciones, la ley debe establecer **responsabilidades administrativas, civiles y penales para las empresas**, y los mecanismos para cumplir con ello. Los procesos administrativos y civiles podrían implicar la suspensión de licencias, la terminación de contratos de concesión e, incluso, el cierre de empresas[111]. Además, ante un incumplimiento de las obligaciones deben existir disposiciones que permitan demandar conjuntamente, tanto a la empresa matriz como a sus subsidiarias, y establecer responsabilidades conjuntas y solidarias (Amigos de la Tierra Internacional, 2022). Las responsabilidades penales también deben ser consideradas, pues muchas violaciones de derechos humanos que se derivan del actuar corporativo son verdaderos delitos que deben ser perseguidos, investigados y judicializados, afectando tanto a las personas jurídicas como a las personas naturales que resulten penalmente responsables.

- La ley debe tener en cuenta el contexto de conflicto armado y las responsabilidades de las empresas que participaron, de manera directa o indirecta del mismo, con el objetivo de mejorar su posición económica y ampliar sus inversiones, y **adoptar medidas específicas que permitan responsabilizar a las empresas que se lucraron de la violencia derivada del conflicto armado**

[111] Entrevista a Ana María Suárez de FIAN Internacional, julio de 2022.

interno, y medidas concretas para evitar que las empresas se sigan aprovechando de las dinámicas del conflicto en aquellos territorios en los que sigue en curso.

- Por último, es fundamental tener en cuenta, tanto en la construcción como en la discusión y aplicación de la ley (si llegare a ser aprobada) **mecanismos para evitar la captura corporativa**, descartando de manera explícita los espacios multiactor para la construcción y el seguimiento de la ley. Las empresas no pueden formar parte de estos procesos, pues no tienen legitimidad democrática para hacerlo, además de haber un claro conflicto de intereses[112].

- Es importante también que los servidores públicos que participen en estos procesos declaren sus conflictos de intereses y, en caso de ocultarlos, inhabilitarlos para estas discusiones, así como que la ley establezca sanciones para los funcionarios que participen en actos de colaboración, complicidad o encubrimiento a empresas que violen derechos humanos.

Con estos elementos, desde Siembra queremos generar una discusión que nos lleve a construir el marco vinculante sobre empresas y derechos humanos en Colombia que sea más adecuado a nuestro contexto. Este proceso debe asegurar la centralidad de las comunidades afectadas, por lo que la ruta legal y política debe estar en sintonía con sus necesidades y sus exigencias. Por ello, es importante poner pausa a la prisa de la ley de debida diligencia en derechos humanos para el país, y en cambio desplegar distintas estrategias para la discusión política y jurídica que vayan encaminadas hacia el horizonte de contar con un marco normativo sobre empresas y derechos humanos. Defendemos un espacio democrático para la construcción de este marco, por lo que invitamos a organizaciones sociales que acompañan o lideran procesos de defensa del territorio, y a comunidades afectadas por actividades empresariales en el país, a construirlo colectivamente, y poner fin de esta manera a la desregulación en la que se encuentra el poder corporativo.

[112] Esta reflexión la retomamos de los siete puntos fundamentales que defendió la Campaña Global rumbo a la octava ronda de negociaciones del Tratado Vinculante. Estos elementos se plasman en el documento 'Elementos claves defendidos por la Campaña Global para el Tratado Vinculante sobre Empresas y Derechos Humanos, basada en las experiencias de resistencia de las comunidades afectadas por las empresas transnacionales'. Disponible en: https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2022/10/Elementos-claves-Campana-Global.pdf

REFERENCIAS

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2022). Respuesta del 23 de agosto de 2022 al derecho de petición interpuesto por SIEMBRA.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2022a). Informe de Litigiosidad a junio 30 de 2022. Disponible en: https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informes_litigiosidad_2022/Informe_litigiosidad_VF_260722.pdf

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [ACNUDH]. (2022). Planes de acción nacionales sobre empresas y derechos humanos. Disponible en: https://www.ohchr.org/es/business/state-national-action-plans-business-and-human-rights

Amigos de la Tierra Internacional. (2022). Principios de ATI para una legislación de la UE que regule efectivamente la actividad de las empresas a lo largo de sus cadenas de valor mundiales. Disponible en: https://www.foei.org/wp-content/uploads/2022/02/Principios-de-ATI-para-una-legislacio%CC%81n-de-la-UE-que-regule-efectivamente-la-actividad-de-las-empresas-a-lo-largo-de-sus-cadenas-de-valor-mundiales.pdf

Amnistía Internacional. (2022). Declaración de la sociedad civil sobre la propuesta de directiva europea sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Disponible en: https://www.amnesty.org/es/documents/ior60/5588/2022/es/.

Animal Político (2021). La Iniciativa de Ley General de Responsabilidad Empresarial y Debida Diligencia Corporativa: un intento fallido. Disponible en: https://www.animalpolitico.com/captura-del-estado/la-iniciativa-de-ley-general-de-responsabilidad-empresarial-y-debida-diligencia-corporativa-un-intento-fallido/

Asociación Pro Derechos Humanos - Aprodeh et al. (2019). Abusos de poder, extractivismo y derechos en la región Andina. Informe de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú sobre abusos de poder, extractivismo y situación de la defensa de los derechos humanos, territoriales y ambientales en la región andina, Bolivia: Proyecto Editorial La Libre.

Banco Mundial. (2022). Foreign direct investment, net inflows (BoP, current US$). Disponible en: https://data.worldbank.org/indicator/BX.KLT.DINV.CD.WD?end=2020&start=1970&view=chart

Brennan, B. y Berrón, G. (2020). Tocar el nervio: cómo las campañas populares en las Naciones Unidas están desafiando el dominio corporativo. Revista Biodiversidad. Disponible en: https://www.biodiversidadla.org/Documentos/Tocar-el-nervio-como-las-campanas-populares-en-las-Naciones-Unidas-estan-desafiando-el-dominio-corporativo

Bueno, N. (2019). Teaching Note: Mandatory Human Rights Due Diligence Legislation. En: Teaching Business and Human Rights Handbook. Disponible en: https://teachbhr.org/teaching-bhr-handbook/teaching-notes/mandatory-human-rights-due-diligence/.

Campaña global para reivindicar la Soberanía de los pueblos, desmantelar el poder de las transnacionales y poner fin a la impunidad. (2022). Elementos claves defendidos por la Campaña Global para el Tratado Vinculante sobre Empresas y Derechos Humanos, basadas en las experiencias de resistencia de las comunidades afectadas por las empresas transnacionales. Disponible en: https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2022/10/Elementos-claves-Campana-Global.pdf

Carvajal, S. (2021). Captura corporativa y DD.HH en Colombia: trayectorias y horizontes de una lucha. En: Colectivo de Abogados, José Alvear Restrepo (Comp.). Captura y cooptación corporativa del Estado: una reflexión inaplazable. Bogotá: Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo.

Centro Sociojurídico para la Defensa Territorial – Siembra. (2021). Resistencias campesinas frente al extractivismo. Catorce años de lucha del campesinado de Cajamarca contra el proyecto minero La Colosa. Viviana Tacha [Coordinadora]- 1ª ed. Bogotá D.C. Disponible en: https://www.centrosiembra.org/wp-content/uploads/2021/10/Resistencias-campesinas-frente-al-extractivismo.pdf

CIADI. (2022). International Centre for Settlement of Investment Disputes. Worl Bank Group [Página Web]. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/cases/case-database

CIADI. (2022a). Resolución procesal No. 3. (Caso CIADI No. ARB/19/34). Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C8193/DS17657_Sp.pdf

CIAR Global. (2019). Nueva Demanda de Arbitraje de Glencore contra Colombia por Proyecto Puerto Nuevo. Disponible en: https://ciarglobal.com/nueva-demanda-de-arbitraje-de-glencore-contra-colombia-por-proyecto-puerto-nuevo/

CIAR Global. (2022). Chicago Bridge & Iron Company Presenta Arbitraje de Inversión contra Colombia. Disponible en: https://ciarglobal.com/chicago-bridge-iron-company-presenta-arbitraje-de-inversion-contra-colombia/

CIDSE. (2022). Tratado de empresas y derechos humanos. ¡Limpien el desorden! Disponible en: https://www.cidse.org/es/2022/10/28/business-and-human-rights-treaty-clean-up-the-mess/

Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición [CEV]. (2022). Informe final. Hay futuro si hay verdad. Hallazgos y recomendaciones de la Comisión de la Verdad de Colombia. Disponible en: https://www.comisiondelaverdad.co/hallazgos-y-recomendaciones

Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales [CPDHAI]. (2020). Juntos lo hacemos posible: resiliencia y solidaridad. Disponible en: https://derechoshumanos.gov.co/Observatorio/Publicaciones/Documents/2020/Plan-Nacional-de-Accion-de-Empresa-y-Derechos-Humanos.pdf.

Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales [CPDHAI]. (2022). Informe anual para el año 2021. Implementación del Plan Nacional de Acción de Empresas y Derechos Humanos 2020 – 2022. Disponible en: https://derechoshumanos.gov.co/Observatorio/Publicaciones/Documents/2022/040822-Informe-de-Implementacion-2021-Empresas-y-DDHH.pdf

Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales [CPDHAI]. (2022a). Respuesta del 7 de septiembre de 2022 al derecho de petición interpuesto por SIEMBRA.

Cotula, L. (2014). Investment treaties and sustainable development: investor-state arbitration. International Institute for Environment and Development. Disponible en: http://www.jstor.com/stable/resrep01583

DANE. (2022). Producto Interno Bruto -PIB- nacional trimestral. Históricos. Disponible en: https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/cuentas-nacionales/cuentas-nacionales-trimestrales/historicos-producto-interno-bruto-pib

Decreto legislativo del 8 de junio de 2001, No. 231. Italia. Disponible en: https://sherloc.unodc.org/cld/document/ita/2001/legislative_decree_8_june_2001_no._231_english.html

Defensoría del Pueblo. (2022). Respuesta del 22 de agosto de 2022 al derecho de petición interpuesto por SIEMBRA.

European Coalition for Corporate Justice. (2021). Evidence for mandatory Human Rights and Environmental Due Diligence legislation. Background Note. https://corporatejustice.org/publications/evidence-for-mandatory-human-rights-due-diligence-legislation-5/

Federación Internacional por los Derechos Humanos - FIDH (2019). ITALIAN LEGISLATIVE DECREE No. 231/2001. A model for Mandatory Human Rights Due Diligence Legislation? N° 741 https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/report_231_2001_ENG.pdf.

FIAN Internacional. (2022). Documento de posición de la FIAN Internacional sobre la Debida Diligencia de las Empresas y las obligaciones relacionadas de los Estados en el contexto de la rendición de cuentas corporativas. Versión de trabajo a mayo de 2022. Disponible en: https://www.fian.org/files/files/Final_DD_paper_SPA(1)(1).pdf

Garay, L., Salcedo, E., León-Beltrán, I. & Guerrero, B. (2008). La Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado en Colombia. Bogotá: Grupo Método. https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2018/01/Captura-y-Reconfiguracion-Cooptada-del-Estado-en-Colombia.pdf

Gleckman, H. (2018). Multistakeholder Governance and Democracy: A Global Challenge. New York: Routledge.

Global Witness. (2021). Última línea de defensa. Las industrias que causan la crisis climática y los ataques contra personas defensoras de la tierra y el medioambiente. Disponible en: https://www.globalwitness.org/es/last-line-defence-es/.

Global Witness. (2022). Decade of defiance. Ten years of reporting land and environmental activism worldwide. Disponible en: https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/decade-defiance/#decade-killings-globally.

Greer, J. & Singh, K. (2000). A brief history of Transnational Corporations. Global Policy Forum, 2000. Disponible en: https://archive.globalpolicy.org/socecon/tncs/historytncs.htm

Gregg, B. (2021). Beyond due diligence: the human rights corporation. Human Rights Review, 22, 2021: 65-89. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/344810737_Beyond_Due_Diligence_the_Human_Rights_Corporation

Grégorie, E. & Monzón, L. (2017). La minería en Colombia y su filosofía política. ¿Hacia una razón público-privada de Estado? En: Agencia de Prensa IPC. Disponible en: http://www.ipc.org.co/agenciadeprensa/index.php/2017/08/15/la-mineria-en-colombia-y-su-filosofia-politica-hacia-una-razon-publico-privada-de-estado/

Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos. (2016). Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/UNWG_NAPGuidance.pdf

OCDE. (2018). Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una conducta Empresarial responsable. Disponible en: http://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf

Hernández, J., Gonzáles, E. & Ramiro, P. (2012). Diccionario crítico de empresas transnacionales. Claves para enfrentar el poder de las grandes corporaciones. Barcelona: Icaria.

Herik, L. y Letnar, J. (2010). Regulating Corporations under International Law: from human rights to international criminal law and back again. Journal of International Criminal Justice, 8, 2010: 725-743. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1666765

Hernández, J. (2009). Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales. Bilbao: Hegoa.

Homa - Centro de Direitos Humanos e Empresas. (2016). Planos Nacionais de Ação sobre Direitos Humanos e Empresas: Contribuições para a realidade brasileira - Parte I: Perspectivas Gerais sobre os Planos Nacionais de Ação sobre Empresas e Direitos Humanos. Disponible en: https://homacdhe.com/wp-content/uploads/2016/01/Perspectivas-Gerais-sobre-os-Planos-Nacionais-de-Ac%CC%A7a%CC%830-sobre-Empresas-e-Direitos-Humanos.pdf

Homa - Centro de Direitos Humanos e Empresas. (2018). Planes Nacionales de Acción en Empresas y Derechos Humanos en América Latina. Análisis de Colombia, México y Chile. Cuadernos de Pesquisa Homa Vol. 01, n. 04. Disponible en: https://homacdhe.com/wp-content/uploads/2018/10/Caderno-de-Pesquisa-Homa-Planos-Nacionais-de-A%C3%A7%C3%A30-ES.pdf

Jochnick, C. (2018). Reconducir el poder en el campo de las empresas y los derechos humanos. En: Rodríguez, C. (Ed.). Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil. Dejusticia. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores. Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2018/03/Empresas-y-Derechos-humanos-Versio%CC%81n-final-para-WEB.pdf

Johnston, M. (2022). 10 Biggest Mining Companies. Investopedia. Disponible en: https://www.investopedia.com/biggest-mining-companies-5077594

Kordos, M. y Vojtovic, S. (2016), "Trasnational corporations in the global world economic environment", Procedia-Social and Behavioral Sciences, 230, 2016: 150-158. Disponible en: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S187704281631120X

Krajewski, M. (2021). Analysis of the Third Draft of the UN Treaty on Business and Human Rights, CIDSE. Disponible en: https://www.cidse.org/wp-content/uploads/2021/10/EN-Binding-Treaty-legal-analysis.pdf

Laudo ARB/16/6. (2016). International Centre for Settlement of Investment Disputes. World Bank Group. Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10767_0.pdf

Lenz & Staehelin. (2021). New ESG regulations enter into force as of January 1, 2022. Disponible en: https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=737c9546-8347-4bda-ade9-f4a39ffa5477

Li, S. & Gaur, A. (2014). Financial giants and moral pygmies? Multinational corporations and human rights in emerging markets. International Journal of Emerging Markets. 9. 10.1108/IJoEM-09-2013-0143. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/260187051_Financial_giants_and_moral_pygmies_Multinational_corporations_and_human_rights_in_emerging_markets

London Mining Network. (2022). Colombian delegation attends Glencore AGM to present demands over Bruno Creek. Disponible en: https://londonminingnetwork.org/2022/05/colombian-delegation-attends-glencore-agm-to-present-demands-over-bruno-creek/

Mantilla, A. (2021). Estado y poder corporativo. En: Colectivo de Abogados, José Alvear Restrepo (Comp.). Captura y cooptación corporativa del Estado: una reflexión inaplazable. Bogotá: Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo.

Melish, T. J. (2018). Volver a incluir "los derechos humanos" en los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Cambiar de marco e incorporar los derechos de participación. En: Rodríguez, C. (Ed.). Empresas y derechos humanos en el siglo XXI: La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil. Dejusticia. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores. Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2018/03/Empresas-y-Derechos-humanos-Versio%CC%81n-final-para-WEB.pdf

Ministerio del Interior. (2022). Respuesta del 11 de agosto de 2022 al derecho de petición interpuesto por SIEMBRA.

Ministerio de Minas y Energía. (2022). Respuesta del 3 de agosto de 2022 al derecho de petición interpuesto por SIEMBRA.

Moore, J., Orellana, A. (2022). Foro: Demandas de las trasnacionales: Nueva amenaza de despojo para Colombia ¿Qué hacer?. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=2O68s6Olz-E.

Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa. (2020). Rechazada la iniciativa suiza por las Empresas Responsables a pesar de un gran apoyo ciudadano. Disponible en: https://observatoriorsc.org/rechazada-la-iniciativa-suiza-por-las-empresas-responsables-a-pesar-de-un-gran-apoyo-ciudadano/#:~:text=El%20pasado%2029%20de%20diciembre%2C%20Suiza%20ha%20votado,diligencia%20en%20materia%20de%20empresas%20y%20derechos%20humanos

Oficina del Alto Comisionado en Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (2011). Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar. Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf.

Pardo, A. (2018). Extractivismo, derechos y tributación: cooptación del Estado colombiano Un caso de estudio. En: Ideas Verdes Nº 18. Fundación Heinrich Böll Oficina Bogotá - Colombia. Disponible en: https://co.boell.org/sites/default/files/20181003_ideas_verdes_11_web.pdf

Pensamiento y Acción Social. (2019). Colombia: Extracción minera en territorios de pueblos ancestrales. En: Análisis de la aplicabilidad y eficacia de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos: Argentina, Brasil, Colombia Y Perú. Bienaventurados los Pobres, CooperAcción, Justiça nos Trilhos, Pensamiento y Acción Social. Disponible en: https://www.pas.org.co/informe-latinoamerica.

Portafolio. (2022). Representantes de Petro piden a Estados Unidos renegociar el TLC. Disponible en: https://www.portafolio.co/economia/gobierno/representantes-de-petro-piden-a-estados-unidos-renegociar-el-tlc-568168

Posada, S. (2007). La cláusula de expropiación indirecta como mecanismo de protección a la inversión extranjera - su incorporación en el tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos, Trabajo de Grado de Maestría en Derecho, Universidad de Los Andes. Disponible en: http://hdl.handle.net/1992/9684.

Proyecto de Ley General de Responsabilidad Empresarial y Debida Diligencia Corporativa (LGREDC). (2020). México. https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/3/2020-09-22-1/assets/documentos/Inic_Morena_Sen_German_Diligencia_Corporativa.pdf

Rodríguez, C. (Ed.). (2018). Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil. Dejusticia. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2018/03/Empresas-y-Derechos-humanos-Versio%CC%81n-final-para-WEB.pdf

Ruggie, J. (2014). Global Governance and 'New Governance Theory': Lessons from Business and Human Rights, Global Governance. Disponible en: https://www.jstor.org/stable/24526178

Ruggie, J. (2018). ¿Jerarquía o ecosistema? La regulación de los riesgos relativos a los derechos humanos provenientes de las empresas multinacionales. En: Rodríguez, C. (Ed.). Empresas y derechos humanos en el siglo XXI: La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil. Dejusticia. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2018/03/Empresas-y-Derechos-humanos-Versio%CC%81n-final-para-WEB.pdf

Salcedo, E. y Garay, L. (2021). Preámbulo. La frontera entre el proceso democrático y la captura y cooptación institucional. En: Colectivo de Abogados, José Alvear Restrepo (Comp.). Captura y cooptación corporativa del Estado: una reflexión inaplazable. Bogotá: Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo.

Schneider, L. (2020). The Swiss Responsible Business Initiative (SRBI) and the Need for Transnational Regulations. TLI Think Paper https://ssrn.com/abstract=3576005

Taboada, M., Campo, J. Pérez P. (2008). The Accountability of Multinational Corporations for Human Rights' violations. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, 64/65, 171-186. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3685091

Ullah S., Adms, K., Adams D. & Attah-Boakye R. (2021). Multinational corporations and human rights violations in emerging economies: does commitment to social and environmental responsibility matter? Journal of Environmental Management, 280: 1-13. Disponible en: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0301479720316145

United Nations Conference on Trade and Development [UNCTAD]. (2007). The Universe of the Largest Transnational Corporations. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/iteiia20072_en.pdf

Vallejo, N. y Hauselmann, P. (2004). Governance and Multistakeholder Processes. United Nations Conference on Trade and Development, the International Institute for Sustainable Development and the Swiss State Secretariat for Economic Affairs. Disponible en: https://www.iisd.org/system/files/publications/sci_governance.pdf

Vargas, M. (2021). Captura corporativa, desvío del poder y lucha por las normas vinculantes. En: Colectivo de Abogados, José Alvear Restrepo (Comp.). Captura y cooptación corporativa del Estado: una reflexión inaplazable. Bogotá: Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo.

Walsh, G. (2022). Explicado. ¿Por qué es necesario corregir las nuevas normas de la UE sobre responsabilidad empresarial? Disponible en: https://www.cidse.org/es/2022/04/05/explained-why-do-the-new-eu-rules-on-corporate-accountability-need-to-be-fixed/.

W Radio. (2022). Gobierno de Gustavo Petro solicitó renegociar el TLC con Estados Unidos. Disponible en: https://www.wradio.com.co/2022/07/13/gobierno-de-gustavo-petro-solicito-renegociar-el-tlc-con-estados-unidos/

Whelan, G., Moon, J. y Orlitsky, M. (2009). Human rights, transnational corporations and embedded liberalism: what chance of consensus?. Journal of Business Ethics, 87, 2009: 367-383. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2441147

Whyte, D. y Tombs, S. (2016). La empresa criminal. Por qué las corporaciones deben ser abolidas. Barcelona: Icaria Editorial.

Woodroffe, N. (2021). ¿Atados de manos? Cómo los términos contractuales de la industria petrolera pueden limitar la flexibilidad de la política climática de los Gobiernos. Natural Resource Governance Institute. Disponible en: https://www.jstor.org/stable/resrep42353

Wouters, J. & Chané, A. (2013). Multinational corporations in international law. Working paper, SSRN Electronic Journal, Leuven Centre for Global Governance. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/272241501_Multinational_Corporations_in_International_Law

Zanitelli, L., (2011). Corporations and human rights: the debate between voluntarists and obligationists and the undermining effect of sanctions. Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos, 8(15), 2011: 34-55. Disponible en: https://sur.conectas.org/en/corporations-human-rights/

SIEMBRA

Centro Sociojurídico
para la Defensa
Territorial

www.centrosiembra.org