



Nuevas tendencias del derecho en Colombia

Editores
Máximo Vicuña de la Rosa
Andrea Johana Aguilar-Barreto

Nuevas tendencias del derecho en Colombia

Editores

Máximo Vicuña de la Rosa

Andrea Johana Aguilar-Barreto

Nuevas tendencias del derecho en Colombia

Editores

Máximo Vicuña de la Rosa
Andrea Johana Aguilar-Barreto

Autores

Máximo Vicuña de la Rosa
Andrea Johana Aguilar-Barreto
Gladys Shirley Ramírez Villamizar
Edward Fabián Latorre Osorio
Diana Marcela Pantaleón Pinto
Verena Bernarda Ramírez Morales
María Susana Marlés Herrera
Claudia Parra Meaurio
Rafael Pulido Morales
Linda Johana Reyes Moreno
Bibiana Stherly Quintero Orozco
Wilkar Simón Mendoza Chacón
Martha Juliana Sánchez Delgado
Alba Patricia Guerrero Cárdenas
Brayan Orlando Rodríguez Velásquez



Nuevas tendencias del derecho en Colombia

Editores

©Máximo Vicuña de la Rosa
©Andrea Johana Aguilar Barreto

Autores

©Máximo Vicuña de la Rosa
©Andrea Johana Aguilar Barreto
©Gladys Shirley Ramírez Villamizar
©Edward Fabián Latorre Osorio
©Diana Marcela Pantaleón Pinto
©Verena Bernarda Ramírez Morales
©María Susana Marlés Herrera
©Claudia Parra Meaury
©Rafael Pulido Morales
©Linda Johana Reyes Moreno
©Bibiana Stherly Quintero Orozco
©Wilkar Simón Mendoza Chacón
©Martha Juliana Sánchez Delgado
©Alba Patricia Guerrero Cárdenas
©Brayan Orlando Rodríguez Velásquez

Nuevas tendencias del derecho en Colombia / editores Máximo Vicuña de la Rosa, Andrea Johana Aguilar-Barreto; Gladys Shirley Ramírez Villamizar [y otros 14] -- Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2018.

133 páginas; figuras a color
ISBN: 978-958-5533-45-5 (Versión electrónica)

1. Positivismo jurídico 2. Jurisprudencia – Colombia 3. Igualdad ante la ley – Colombia 4. Reparación (Justicia penal) – Colombia 5. Derecho – Enseñanza 6. Derechos humanos – Colombia I. Vicuña de la Rosa, Máximo, editor-autor II. Aguilar-Barreto, Andrea Johana, editor-autor III. Ramírez Villamizar, Gladys Shirley IV. Latorre Osorio, Edward Fabián V. Pantaleón Pinto, Diana Marcela VI. Ramírez Morales, Verena Bernarda VII. Marlés Herrera, María Susana VIII. Parra Meaury, Claudia IX. Pulido Morales, Rafael X. Reyes Moreno, Linda Johana XI. Quintero Orozco, Bibiana Stherly XII. Mendoza Chacón, Wilkar Simón XIII. Sánchez Delgado, Martha Juliana XIV. Guerrero Cárdenas, Alba Patricia XV. Rodríguez Velásquez, Brayan Orlando XVI. Tit.

340.1 N964 2018 Sistema de Clasificación Decimal Dewey 21ª edición

Universidad Simón Bolívar – Sistema de Bibliotecas

Grupos de investigación

Altos Estudios de Frontera (ALEF), Universidad Simón Bolívar, Colombia
Rina Mazuera Arias
Democracia y Modernización del Estado Colombiano, Universidad Simón Bolívar, Colombia.
Florentino Antonio Rico Calvano
Derechos Humanos, Tendencias Jurídicas y Socio Jurídicas Contemporáneas, Universidad Simón Bolívar, Colombia.
Inés Emilia Rodríguez Lara

ISBN: 978-958-5533-45-5

Impreso en Barranquilla, Colombia. Depósito legal según el Decreto 460 de 1995. El Fondo Editorial Ediciones Universidad Simón Bolívar se adhiere a la filosofía del acceso abierto y permite libremente la consulta, descarga, reproducción o enlace para uso de sus contenidos, bajo una licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional. <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



© Ediciones Universidad Simón Bolívar

Carrera 54 No. 59-102

<http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co/edicionesUSB/dptpublicaciones@unisimonbolivar.edu.co>

Barranquilla y Cúcuta

Producción Editorial

Conocimiento Digital Accesible. Mary Barroso, Lisa Escobar

Urb. San Benito vereda 19 casa 5. Municipio Santa Rita del Estado Zulia- Venezuela. Apartado postal 4020. Teléfono: +582645589485, +584246361167. Correo electrónico: marybarroso27@gmail.com, conocimiento.digital.a@gmail.com

Diciembre del 2018

Barranquilla

Made in Colombia

Como citar este libro

Vicuña, M. y Aguilar-Barreto, A.J. (Ed.). (2018). *Nuevas tendencias del derecho en Colombia*. Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

DOI:

5

RESPONSABILIDAD EXTRATERRITORIAL: ANÁLISIS AL GOCE DE DERECHOS DE LAS COMUNIDADES Y EL ROL DE LOS ESTADOS DE ORIGEN¹

Máximo Vicuña de la Rosa

Abogado de la U. Libre seccional Cúcuta. Conciliador. Especialista en derecho procesal U. Libre. Especialista en docencia Universitaria convenio con la U. Holguín de Cuba, Magister en Educación Universidad Simón Bolívar. Ex-decano del programa de derecho de la U. Libre seccional Cúcuta. Miembro del grupo de investigación Tendencias jurídicas contemporáneas y profesor del Área civil y Consultorio jurídico de la U. Simón Bolívar Sede Cúcuta. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-2343-4915>. Correo electrónico: mvicuna@unisimonbolivar.edu.co.

Bibiana Stherly Quintero Orozco

Abogada en formación, Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. Semifinalista del 21st Inter-American Human Rights Moot Court Competition de la Academy on Human Rights and Humanitarian Law, American University Washington College of Law 2016. Fundadora y miembro del Centro de Derechos Humanos e Innovación social CDHIS COL. Correo electrónico: b_quintero1@unisimon.edu.co.

Linda Johana Reyes Moreno

Abogada, Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. Semifinalista del 21st Inter-American Human Rights Moot Court Competition de la Academy on Human Rights and Humanitarian Law, American University Washington College of Law 2016. Correo electrónico: lindajoha1993@hotmail.com

Resumen

El presente capítulo de libro es producto de la investigación realizada para la participación en el 21st Inter-American Human Rights Moot Court Competition de la Academy on Human Rights and Humanitarian Law de American University Washington College of Law, cuyo objetivo se centró específicamente, en analizar la responsabilidad extraterritorial de los países origen de las compañías transnacionales mineras en América bajo los parámetros convencionales y jurisprudenciales del sistema interamericano de derechos humanos. El trabajo se realizó tomando como horizonte paradigmático la

¹ Capítulo resultado del trabajo de investigación realizado en el marco del evento 21st Inter-American Human Rights Moot Court Competition de la Academy on Human Rights and Humanitarian Law de American University Washington College of Law. Caso Hipotético: Edmundo Camana y otros, pueblos Pichicha y Orífuna contra el Estado de Santa clara, actuando como representantes del Estado de Santa Clara. Equipo 230 - 2016.

investigación Histórico - Hermenéutica de tipo cualitativo, utilizando como técnica el análisis de contenido de la Convención Americana de Derechos Humanos, las sentencias de la Corte Interamericana y doctrina. Se determinó como resultado, que, dentro de las obligaciones internacionales, la responsabilidad extraterritorial sigue siendo un desafío para el sistema en materia de políticas extractivas, lo que deja al arbitrio de los países origen de las empresas transnacionales la defensa de los DDHH.

Palabras clave: Derechos humanos, responsabilidad extraterritorial, políticas extractivas, obligaciones internacionales.

Extraterritorial responsibility: analysis of the enjoyment of rights of communities and the role of States of origin

Abstract

The present Chapter of the book is the product of the research carried out for participation in the XXI Inter-American Court of Human Rights Contest of the Human Rights and Humanitarian Law Academy of Washington University, Washington Law School, whose objective is specifically focused on in analysis the extraterritorial responsibility of the countries that originated the transnational mining companies in America under the conventional and jurisprudential parameters of the inter-American human rights system. The work was carried out taking the paradigmatic paradigm of historical research - qualitative hermeneutics, using as a technique the content analysis of the American Convention on Human Rights, the judgments of the Inter-American Court and doctrine. It was determined as a result that, within international obligations, extraterritorial responsibility continues to be a challenge for the system in terms of extractive policies, which leaves the defense of human rights to the origin of transnational corporations.

Keywords: Human Rights, Extraterritorial Responsibility, Extractive Policies, International Obligations.

Introducción

En la actualidad, cada vez la brecha entre los ingresos de los pobres y ricos es mayor, dificultando el acceso a la economía global de personas de baja capacidad de compra, resultado de la falta de interés en esta población por parte de actores del ecosistema económico (Graterol y otros, 2017). La apertura de la economía global, ha traído consigo la internacionalización de compañías mineras en territorios en vía de desarrollo para aumentar los recursos económicos. El Sistema Interamericano de Derechos

Humanos (en adelanteSIDH) ha reforzado las obligaciones trazadas por el derecho internacional público, con el fin, de proteger los bienes jurídicos reconocidos por la convención en pro de los ciudadanos y ciudadanas que habitan los Estados receptores de las compañías trasnacionales mineras. Los megaproyectos mineros (Anaya, 2010. p. 28) en forma directa o indirecta han impactado de manera negativa las comunidades aledañas a los acopios de explotación, con la pérdida de posesión de sus tierras y territorios tradicionales, contaminación ambiental, desplazamiento forzoso, daños permanentes a la cultura, espiritualidad y conocimiento tradicional de los pueblos indígenas.

Para el año 2010, el grupo de trabajo sobre minería y derechos humanos en América Latina analizó las condiciones de los estados receptores que realizan proyectos de impacto negativo de la actividad minera, exaltando entre otros aspectos los (Gtmdhal, 2014)“marcos jurídicos deficientes o recursos judiciales ausentes o poco efectivos que reflejan altos índices de impunidad ante las violaciones de DDHH por parte de las empresas trasnacionales”(p. 56).

El representante especial de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos, Ruggie, (2008,) ya había destacado, que el “28% de las denuncias de violaciones de Derechos Humanos en la región latina respondían a temas extractivos” (p.6) lo que en su conjunto atrajo la mirada en los últimos años de los órganos supranacionales para interpretar los instrumentos jurídicos vigentes, abordando la responsabilidad no solo de los estados receptores, si no de los estados de origen.

Existen compañías mineras trasnacionales públicas y mixtas de propiedad de un Estado, siendo estudiada para el caso *sub examine*, la responsabilidad extraterritorial causada por una empresa semiprivada donde el Estado tiene un aporte equivalente al 50% o menos del capital social y a causa de las actividades de explotación minera originadas por el incumplimiento de las obligaciones internacionales origina un daño en territorio de otro Estado distinto al de origen.

Para el panorama actual, (Cerqueira, 2015) “a pesar de los avances alcanzados por el consejo de los Derechos Humanos de la ONU, los debates en el consejo permanente y otros órganos políticos de la Organización de Estados Americanos (OEA), las obligaciones para las empresas de origen aún son muy incipientes”. (p.18) Por ende, en la investigación se analizó los bienes jurídicos más vulnerados, amenazados o inobservados según del informe del GTMDHAL.

Se observó, que los instrumentos reconocen la posibilidad de declarar la responsabilidad después de una amplia interpretación por parte de los organismos internacionales, pero al momento de establecer el nexo causal por las violaciones de derechos humanos, el Estado de origen evade la responsabilidad con los vacíos existentes en el SIDH.

Fundamentación teórica

Responsabilidad extraterritorial a la luz del SIDH

El Artículo 1º convencional, (OEA. CADH. 1969) establece la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella ya garantizar (Faúndez, 1999) “su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté *sujeta a su jurisdicción*” (p. 214). En principio, para efectos del sistema que hoy nos ocupa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) no puede abocar competencia (Sentencia, Caso Vélez Restrepo y familiares vs Colombia, +fecha: 3/9/12b) para conocer de las reclamaciones formuladas por accionantes de los países receptores por las violaciones que comentan las compañías extranjeras, por la ausencia de uno de los elementos axiológicos de la competencia denominado *Ratione loci*. (párr.30)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) en el informe de admisibilidad (No. 12350/01, (párr.21) estableció los presupuestos determinantes de la competencia, (*ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione temporis* y *ratione loci*) indispensables para asumir el estudio de un caso determinado, que luego será resuelto por la Corte IDH mediante la sentencia definitiva. En este informe, la Comisión determinó,

que el SIDH tiene competencia *ratione loci* para conocer las peticiones siempre y cuando las violaciones que se alegan hayan tenido lugar dentro del territorio de un Estado parte del tratado superior, involucrando como principal responsable al Estado receptor y no al Estado de origen de las compañías mineras extranjeras.

Posteriormente, la CIDH en el informe de admisibilidad (N°112/10) sostuvo, que asume competencia por *ratione loci* aun si los hechos hayan ocurrido en otro Estado, “cuando los presuntos victimarios han estado sometidos a la autoridad y control de sus agentes” (párr. 98). Bajo esta premisa, las empresas extractivas del sector privado argumentan no asumir responsabilidad por no estar sometidas al control u autoridad directa, lo que para efectos de las denuncias ante el SIDH representa no estar legitimados en la causa por pasiva para comparecer por los hechos que generalmente se les imputa.

Siguiendo esta línea, el vacío jurídico pareciera ampliarse ante la noción de jurisdicción que expone el Artículo 1º convencional. En el citado informe, más adelante, la comisión reconoce que dicho término usualmente se refiere a la “autoridad sobre personas que se encuentran dentro del territorio de un Estado, que, dentro de la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, cada Estado está obligado en consecuencia a respetar los derechos de todas las personas dentro de su territorio y de aquellas presentes en el territorio de otro Estado, pero sujetas al control de sus agentes”(párr. 91).

Aunque el Tribunal Europeo amplía la noción de responsabilidad extraterritorial, poco o nada, se hablado de la acción de las compañías mineras en otros estados, lo que traduce a una mera responsabilidad por las actuaciones que hagan personas naturales o jurídicas, pero en representación de un Estado. En efecto, en la decisión de admisibilidad en el caso Bósforo Hava Yollari Turizm y Ticaret Anonim Sirketi vs Irlanda (Sentencia, fecha; 30/06/05) determinó, que el término jurisdicción no debe vincularse de manera exclusiva al factor territorial donde el Estado ejerce la soberanía teniendo en cuenta la universalidad de los derechos

humanos. En este orden, para que la facultad de administrar justicia de un Estado se active, es necesario que se cumpla con el efectivo control en los siguientes eventos: (i) en una ocupación militar; (ii) por medio del consentimiento del Estado frente a sus agentes y (iii), por invitación o aquiescencia del gobierno.

Aceptada la posibilidad de juzgar y sancionar por hechos que ocurran en el territorio de otro Estado, el verdadero desafío en materia de políticas extractivas es reconocer la responsabilidad del Estado de origen aun cuando las compañías mineras no se encuentren bajo el control efectivo, de manera que las obligaciones generales deben reforzar la posibilidad de involucrar a estos actores. En este sentido, la CIDH, en el caso *Masacre del Pueblo Bello vs Colombia*, sostuvo que la responsabilidad internacional de los Estados, en el marco de la convención americana, “surge en el momento de la violación de las obligaciones generales, de carácter erga omnes, de respetar y hacer respetar –garantizar– las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona, recogidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado” (párr. 111).

Tomando entonces, lo planteado por la Corte IDH, la obligación de garantizar y en consecuencia de prevenir el menoscabo de los derechos sustanciales de las personas o comunidades afectadas por las acciones de las compañías mineras transnacionales, obliga a los Estados de origen a tomar medidas positivas para prevenir las violaciones en otros territorios. La atribución de responsabilidad por hechos de terceros involucra entonces, el deber del Estado de origen de investigar las violaciones hechas por el sector privado en cabeza de particulares como una medida de control y vigilancia.

Establece el Artículo 36 de la carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que: Las empresas transnacionales y la inversión privada extranjera están sometidas a la legislación y a la jurisdicción de los tribunales nacionales competentes de los países receptores y a los tratados y convenios internacionales en los cuales éstos sean Parte y,

además, deben ajustarse a la política de desarrollo de los países receptores.

Bajo estos estándares, las denuncias de las víctimas de los actos lesivos que lleven a cabo las empresas que lesionen los derechos humanos en razón a las actividades de explotación minera deben ser resueltos en el Estado receptor, según el principio de subsidiariedad (Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, párr. 142), buscando la protección ante las autoridades competentes, pues corresponde al Estado receptor ser el principal garante de los DDHH, dirimiendo las controversias que se presentan a nivel interno. Aunque en el SIDH se ha declarado la responsabilidad por actos de terceros, el vacío sigue latente cuando se trata de extraterritorialidad.

Bienes jurídicos amenazados por las compañías extranjeras y la materialización de responsabilidad internacional de los Estados de origen

Teniendo en cuenta que la vinculación de los Estados de origen en la responsabilidad extraterritorial se limita al control efectivo o actuación de las autoridades del Estado imputado y que, además, la carta de la OEA señala como principal garante de derechos al Estado receptor, es necesario identificar desde ciertos bienes jurídicos en concreto, la posible materialización de responsabilidad a partir de una línea evolutiva en la que el derecho se adapta a las necesidades sociales.

En palabras del magistrado García (Caso la Cantuta vs Perú. 2006), el Tribunal Interamericano “debe mantener su capacidad de respuesta para interpretar todas las cuestiones no previstas en la redacción de la CADH desde los propios valores y principios que fundamentan este instrumento”. (párr. 3). En este sentido, se tomó como referencia, el informe presentado GTMDHAL (2014) sobre el impacto negativo de la explotación minera canadiense, por ser el país de origen objeto de estudio y, en el que se destaca, que en el 2012, un 57% de las empresas mineras a nivel global estaban registradas en la Bolsa de Toronto, de las cuales, cerca de la mitad realizaban operaciones fuera de Canadá. De los 4322 proyectos llevados a cabo por esas empresas fuera de Canadá, 1.526

estaban en Latinoamérica, 1.197 en Estados Unidos, 652 en África, 339 en Australia, 313 en Asia y 295 en Europa.

A continuación, se presenta un análisis crítico a la responsabilidad de los Estados de origen por el impacto al goce de los siguientes derechos fundamentales: la vida, condición *sine qua non* de existencia de la persona humana, vulnerado entre otros eventos, por las muertes de líderes sindicales de las compañías mineras u opositores a estos proyectos; integridad física, por la condición de vulnerabilidad que sufren los líderes por las amenazas de grupos armados o por la criminalización de la protesta por agentes del estado receptor; propiedad privada, en ocasión a los desplazamientos forzados y la concesión de licencias mineras en territorios que tradicionalmente le han pertenecido a las comunidades indígenas o tribales; garantías judiciales y protección judicial, por la inoperancia de los Estados de origen ante la posibilidad de activar los órganos judiciales en contra de las empresas mineras.

Metodología

Para abordar el objeto de estudio, metodológicamente se tomó la siguiente ruta: inicialmente se analiza el concepto de la responsabilidad extraterritorial a la luz de los tratados vigentes para los estados miembros del SIDH; luego se describe, a partir de los principales bienes jurídicos amenazados por las compañías extranjeras -según el informe anteriormente mencionado - la materialización de responsabilidad internacional de los Estados de origen, y finalmente, se abordan lineamientos más recientes sobre la responsabilidad extraterritorial y el impacto en el goce de los derechos en el derecho internacional público, para llegar a la conclusión.

Para concluir con la elaboración y presentación del alegato de cierre por parte del equipo participante en el caso hipotético planteado por el concurso², el grupo de investigación tomando como referente los

² Caso hipotético planteado para la realización del 21st Inter-American Human Rights Moot Court Competition de la Academy on Human Rights and Humanitarian Law de American University Washington College of Law; Edmundo Camana y otros, pueblos Pichicha y Orífuna vs Estado de Santa Clara.

estándares que impone el SIDH formuló el siguiente interrogante: ¿De qué manera se puede establecer la responsabilidad extraterritorial en los Estados origen de las compañías privadas transnacionales ante las violaciones de los Derechos Humanos en ocasión a la explotación minera en los Estados receptores?

Resultados y discusión

Impacto en el goce del derecho a la vida (Artículo. 4) e integridad (Artículo. 5) de la CADH

El derecho a la vida, es universalmente reconocido y protegido por ser la principal condición de existencia y garantía para el goce de los demás derechos, indispensables para vivir en condiciones dignas. En este sentido, la CIDH en diferentes providencias ha reconocido el derecho a la vida como un bien jurídico, que juega un papel fundamental para la existencia de los demás derechos y por ende, enseña, que los Estados deben adoptar medidas necesarias para protegerlo (Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay, 2011. párr. 139) “garantizando su libre y pleno ejercicio porque pertenece al dominio del *Jus Cogens* Internacional”.

Por otra parte, es importante resaltar el criterio sobre la integridad personal visto desde la dignidad humana y expuesto por la corte constitucional colombiana (Sentencia, T-123/94) definiéndolo, como el reconocimiento, respeto y promoción que se le debe a todo individuo de la especie humana en su plenitud y desde las tres dimensiones (física, psíquica y moral) como lo plantea el Artículo 5 de CADH. También resulta necesario el fortalecimiento de dimensiones como la educación, la salud, la nutrición y la generación de oportunidades que contribuyan al mejoramiento de su calidad de vida (Zambrano Miranda y Otros, 2014)

Para el caso de las comunidades indígenas o pueblos afrodescendientes – quienes usualmente son los más afectados por las políticas mineras – el convenio 169 (OIT/14), estipula en el Artículo. 2.1 que los Estados deben garantizar el respeto a la integridad de los pueblos.

Así mismo, la declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (ONU, 2007) ordena en el Artículo 7.1 que las personas indígenas tienen derecho a la integridad física y mental, lo que refuerza las garantías generales por ser comunidades diferenciadas y de especial protección.

Identificada la protección al derecho a la vida y la integridad personal, para declarar la responsabilidad de un Estado, la CIDH reconoce la violación a este último derecho, cuando se presentan tratos crueles, inhumanos y degradantes; trasladando la carga de la prueba al accionante en cada caso particular (Caso Loayza Tamayo vs. Perú, 1997. párr. 57). En este caso en particular, la vulneración de este derecho se da en ocasión a las personas heridas como consecuencia de la violencia generada por la actividad minera o por las condiciones precarias laborales en las minas. El conocido informe del GTMDHAL (2014) expuso, que, para el caso de Colombia y México, la mayoría de las denuncias se daban por la existencia de (i) acuerdos entre empresas canadienses e integrantes de fuerzas armadas y seguridad (ii) financiación de grupos paramilitares por parte de las empresas y (iii) el apoyo en la constitución de estos grupos en la forma de asociaciones civiles. (p. 30).

Las acciones de campesinos y líderes sociales se ven sin lugar a duda afectadas por la omisión y contexto de violencia de los estados receptores, pero, además, por la esquinencia de las compañías trasnacionales y en consecuencia de los Estado de origen, quienes al momento de recibir denuncias manifiestan que no existen nexos causales suficientes que activen su competencia jurisdiccional. En los casos incluidos en este informe se han denunciado amenazas y hostigamientos graves a quienes se manifiestan en contra de las actividades de las empresas mineras canadienses. “Si bien los asesinatos y heridas graves no se presentan en todos los casos, en un gran número se han producido ataques estratégicos que generan el amedrentamiento de quienes se oponen a las actividades mineras”. (p. 31)

La doctrina ha indicado (O’Donell, 2004) “que la integridad personal

se ve amenazada por los hostigamientos” (p. 71) y en consecuencia, esta acción afecta indudablemente el derecho de las personas a vivir con dignidad, desde luego, que evidenciando elementos de convicción que acrediten el nexo causal entre los hechos denunciados con las conductas ejecutadas y lesivas de este derecho en el Estado de origen, correspondiéndole la obligación de responder por las amenazas de los ciudadanos al Estado receptor, excluyendo de toda culpa a los Estados de origen de las empresas mineras, quienes finalmente son las que generan los actos mencionados.

La violación al derecho a la vida y la integridad física de las personas son los que denotan mayor alarma; al referirse a estas vulneraciones y los nexos con las actividades que desarrollan las empresas transnacionales dedicadas a la explotación minera, la jurisprudencia ha sido clara al establecer responsabilidad internacional en países terceros, siempre que se presenten elementos axiológicos relacionados con la presencia, de una orden concreta; un encargo específico: un control efectivo e instrucciones específicas frente a consecuencia de un hecho, en las cuales el Estado incumpla con sus deberes de diligencia o cuando se trate de riesgos inminentes y cognoscibles como se habló en el acápite anterior. GTMDHAL Dicho de esta manera, los Estados de origen ejercen jurisdicción extraterritorial siempre que los autores materiales de los homicidios, sean personas con las cuales el Estado de origen ejecute órdenes concretas. Por consiguiente, de no cumplirse las condiciones referidas, el fundamento de la responsabilidad alegado por las víctimas y los accionantes ante el SIDH no es objetivo.

Si bien es cierto, que un Estado puede ser responsable de violaciones de derechos cometidos por terceros según el derecho internacional, como lo confirman múltiples sentencias de la corte interamericana de derechos humanos, también lo es, que en el comité de DDHH de la ONU (Comunicación N° 56, 1979) se afirmó, que para la procedencia de esta declaración, es necesario, que se presente el mecanismo de control de una administración local subordinada, como lo estableció el Tribunal Europeo (caso Loizidou vs Turquía, 1995, párr. 62), cuando haya tenido lugar con el

apoyo y tolerancia del poder público, como desaparecidos del palacio de justicia vs Colombia (1998, párr. 91), o, cuando por omisión no se adecúen las medidas legislativas internas para identificar y sancionar al tercero.

En principio, se podría pensar, que para los Estados de origen constituye una carga velar por los derechos de los ciudadanos que no están dentro de su territorio, sin tener conocimiento previo de la situación de riesgo que viven los líderes sociales de los Estados receptores por los conflictos que se dan en ocasión a los proyectos mineros. Sin embargo, el informe ya citado, (GTMDHAL, 2014) destaca que en diversas ocasiones las denuncias que llegan a las embajadas de los Estados de origen no son atendidas y por ende, no se asumen medidas congruentes para prevenir tales actos, teniendo en cuenta, que en el derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones

No prevenir por parte de los Estados de origen la violación de los derechos a la vida e integridad personal de las personas opositores de las políticas extractivas, significa violar la garantía general de prevención. Lo cierto es, que al momento de establecer una defensa técnica por los homicidios y hostigamientos a las comunidades, la determinación o prueba del nexo causal no depende de la presencia de denuncias previas a la comisión de los delitos, sino, de la circunstancia, que el Estado de origen tenga la posibilidad de tomar medidas ya que no puede actuar como un órgano supranacional frente al Estado receptor, es decir, que para activar su jurisdicción se requiere de una acción previa que ponga a las autoridades competentes en conocimiento.

Impacto en el goce del derecho a las garantías judiciales (Artículo. 8) y protección judicial (Artículo. 25) de la CADH

Para empezar, es importante exaltar que la CADH reconoce las garantías judiciales, como el “debido proceso legal”, que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de

aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial (OC-9/87, párr. 28), guardando íntima relación con el Artículo. 25 de la misma convención, al señalar la necesidad de un recurso judicial efectivo, inherente al amparo judicial de todo ciudadano frente a presuntas vulneraciones de DDHH (Sentencia, Caso Bulacio Vs. Argentina, 2003a, párr.113).

Las denuncias efectuadas en contra de las empresas trasnacionales y las personas que la representan, poseen una limitante jurídica, porque un Estado de origen no puede actuar como instancia paralela frente al Estado receptor y por ende, debe respetar cabalmente el principio procesal que la Corte IDH ha denominado *ne bis in ídem* (Caso la Cantuta vs Perú. 2006d, p. 9) consagrado en el Artículo 8.4 del Pacto de San José de Costa Rica, que dispone, que nadie podrá ser juzgado dos veces por un mismo hecho o que el inculpado absuelto por una sentencia en firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

En esta dirección, de existir investigaciones en curso en los Estados Receptores, los Estados de origen deben esperar a que tales instancias resuelvan las decisiones impetradas para poder actuar. El apartado III del conocido informe GTMDHAL (2014), resalta, que varios casos demuestran que los Estados donde se realizan los proyectos extractivos no “ofrecen recursos judiciales efectivos, mediante los cuales las comunidades y las personas afectadas de sus derechos puedan obtener declaraciones de responsabilidad, sanciones por las violaciones y daños causados y reparación tanto colectiva como individual”. (p.83)

Ante la ausencia de garantías en los Estados Receptores, el Estado de origen debe iniciar las investigaciones pertinentes en contra de las empresas mineras siempre que se coloque en menoscabo los derechos humanos, tiene en cuenta los lineamientos trazados por la Corte IDH (Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala, 2000, párr. 189) al considerar, que estos derechos se hacen eficaces no solo con los mecanismos procesales, sino valorando todo el sistema jurídico sobre la cual se construye el poder judicial de un Estado. Tomar medidas concretas no vulnera el principio

de no intervención, sino que, por el contrario, garantiza la protección de los derechos en otros países y conforma una política nacional minera acorde a la responsabilidad social y los DDHH.

Impacto en el goce del derecho a la propiedad privada (Artículo. 21) de la CADH

Se ha venido desarrollando por vía doctrinal y jurisprudencial, la proyección del derecho a la propiedad consagrado en el Artículo 21 de la CADH al reconocimiento de la propiedad colectiva o social, tratando de proteger a las comunidades indígenas y el asentamiento territorial, como bien lo expresa la Corte IDH (Caso Pueblo Saramaka vs Surinam, 2008a, párr. 89) cuando afirma, que los atributos de usar y gozar de la tierra no pertenece al fuero exclusivo del individuo sino a toda la comunidad, por ser elemento vital para el desarrollo económico de toda la comunidad y de manera especial de su cultura.

En América latina, la presencia de proyectos mineros a gran escala ha generado, junto a los daños ambientales, la alteración de la organización social de las comunidades y de sus formas de vida (GTMDHAL. 2014. p. 22) por la afectación a su propiedad colectiva. El impacto con más vulneración de derechos se ha dado en aquellos casos en los que existen relaciones entre las compañías transnacionales y grupos al margen de la ley, que por medio del desplazamiento forzado se apoderan de territorios que históricamente pertenecieron a comunidades indígenas o campesinas.

En el caso particular, cuando se pretendan restringir el derecho a la propiedad privada individual o colectiva para que sea viable esta restricción, es indispensable que dentro del derecho interno del Estado se dispense una norma y, que, además, la medida sea estrictamente necesaria, teniendo en cuenta la imperiosa necesidad de satisfacer un interés público imperativo, aunque la explotación minera genere regalías al Estado receptor; que se presente una adecuada proporcionalidad, como medida de ajuste que debe hacer el Estado al logro objetivo de la necesidad manifiesta con el menor daño posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido y, por último, la limitación a la propiedad, debe de realizarse,

con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática, entendida, como las medidas compatibles con la convención, ajustadas a objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho de dominio (Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay, 2005, párr. 145).

Según el concepto generalizado en la dogmática jurídica, son los Estados, los únicos entes encargados de restringir la propiedad privada, y en el caso que nos ocupa, los Estados receptores. En el continente americano, los Estados de origen como Canadá y los Estados Unidos, han tenido alta injerencia en el diseño de esas políticas normativas de los demás países, concediendo a las compañías transnacionales de los Estados de origen dedicadas a la explotación minera, grandes prerrogativas que desde luego perjudican los derechos individuales y colectivos de las personas y comunidades asentadas en las zonas de explotación.

En este orden, siendo la tierra ancestral de las comunidades indígenas necesaria para la preservación y transmisión generacional de su cultura; la Corte IDH, ha indicado que la integridad cultural (CIDH. Declaración, 1997) o identidad cultural de los pueblos indígenas, constituye un derecho fundamental y de naturaleza colectiva, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática, a partir de la debida diligencia de todos los estados. Justo el principio de debida diligencia es el que involucra a los estados de origen a supervisar las políticas empresariales en pro de los derechos de las comunidades en especial protección.

Aunque el informe exponga que en los estados receptores el dominio absoluto sobre los recursos naturales es de propiedad exclusiva de ellos, frente al derecho a la propiedad colectiva de las comunidades diferenciales, este último prevalece por encima de la explotación minera, aun cuando aparentemente se alegue un fin legítimo y la prevalencia de un interés colectivo. Garantizar el derecho a la tierra en el caso de las comunidades indígenas involucra aspectos subjetivos como mantener la cosmovisión y la identidad cultural, lo que, para efectos de los casos analizados, no se

ve reflejado en el desarrollo de la política de responsabilidad social de las compañías transnacionales.

Los estados de origen, deben diseñar políticas que aterricen el impacto social de los mega proyectos mineros que desarrollan sus empresas ante el uso de la tierra por parte de las comunidades campesinas, indígenas o tribales. Materializar la responsabilidad por la vulneración a estos derechos se da si solo si, se comprueba una injerencia directa del Estado de origen con el apoyo directo o indirecto en el desplazamiento forzado sin garantías previas o sin el cumplimiento de las condiciones especiales.

Lineamientos de responsabilidad extraterritorial y el impacto en el goce de los derechos a partir del derecho internacional público

A diferencia de la ONU, el maestro Bravo (2003) estudiando justamente la noción más allá del control efectivo de responsabilidad extraterritorial, destacó, que, en materia del medio ambiente, “la alta Comisionada de las naciones unidas para los derechos humanos reconoció que la dimensión extraterritorial de la vinculación entre estos derechos y el medio ambiente resultaba evidente en la esfera de los daños ambientales transfronterizos” (p.801).

Partiendo de esta posición paradigmática, diferentes relatores del sistema de Naciones Unidas han advertido situaciones concretas, en las cuales, las acciones de ciertos estados impactan de manera negativa los bienes jurídicos de otros estados, como ocurre en países fronterizos con la contaminación al agua o al medio ambiente en general. Estos importantes bienes son precisamente los más afectados por la explotación a gran escala de la minería. No obstante, las condiciones mencionadas por los relatores se cumplen, si ambos Estados (de origen como receptor) colindan geográficamente.

Para el caso de las compañías transnacionales mineras que desarrollan sus acciones en países geográficamente alejados de su estado de origen, en el año 2011, un grupo de 40 personas expertas en derecho

internacional de diferentes regiones del mundo crearon los principios de Maastricht (Consortio ETO, 2003) sobre las obligaciones extraterritoriales de los estados en el área de los derechos económicos, sociales y culturales. Las brechas identificadas incluyen:

La falta de regulación sobre derechos humanos y rendición de cuentas de corporaciones transnacionales (CTN); la ausencia de rendición de cuentas sobre derechos humanos, de organizaciones intergubernamentales (OIG), y particularmente instituciones financieras internacionales (IFI); la inefectiva aplicación de las normas de derechos humanos a normas, políticas y disputas sobre inversión y comercio; la falta de implementación de las obligaciones de proteger y realizar los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en el extranjero, entre otras cosas a través de las obligaciones de cooperación y asistencia internacionales. (p. 3)

Los principios fueron diseñados con el objeto de reforzar la universalidad de los derechos y servir como aporte teórico a las instancias supranacionales cuando se dieran casos de responsabilidad extraterritorial, sin embargo, su valor jurídico es netamente doctrinal, lo que representa que no tienen fuerza vinculante para ningún estado y su aplicación parte del principio de voluntad como móvil para obligarse.

Mientras tanto, el SIDH la Comisión interamericana presento a la OEA el informe sobre pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales (L/V/II, 2015, párr. 76) donde interpreta la obligación de ajustar la normativa interna y política pública de los Estados, tanto de origen de las empresas como receptores del proyecto extractivo, con el fin de prevenir, mitigar y reparar las violaciones de derechos humanos, destacando, que: “para reducir la impunidad, las autoridades competentes realicen tareas de diagnóstico que identifiquen las denuncias y procesos existentes contra representantes de empresas, estableciendo listas de compañías que violan los derechos humanos para promover cumplimiento. (párr. 145)

Se dispone entonces que los estados de origen deben diseñar medidas de supervisión y regulación de las actividades que desarrollan

sus compañías mineras además de abstenerse de brindar apoyo a empresas involucradas en violaciones de derechos humanos, ya que como se vio con anterioridad para el caso de Canadá, la mayoría de sus empresas desarrollan actividades en América latina y en 22 casos estudiados por el GTMDHAL las empresas han estado involucradas en violaciones de derechos a comunidades, líderes o el medio ambiente en general.

Por todo lo anterior, se denota que en el panorama internacional el desarrollo de las disposiciones normativas va dirigidas a materializar la posibilidad de declarar la responsabilidad por obligaciones extraterritoriales, superando la teoría clásica de protección de derechos en el territorio directo donde se ejerce soberanía.

Conclusión

Del estudio efectuado a la información recaudada a través de la aplicación de los instrumentos diseñados para el efecto, en busca de la respuesta al interrogante planteado, se obtuvo lo siguiente:

La responsabilidad extraterritorial de los Estados de origen por violación a los derechos humanos causados por las compañías transnacionales privadas en ocasión a la explotación minera en Estados receptores, según los lineamientos del SIDH es poco probable, en razón al respeto de la soberanía de los Estados y la no intervención que trata la misma organización internacional de las Naciones Unidas. No obstante, lo anterior, el último informe presentado por la CIDH sobre pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales, constituye uno de los primeros instrumentos del SIDH que involucra a los Estados de origen en la actuación de las empresas mineras.

En este documento internacional, se reconoce el deber de los Estados de origen de diseñar políticas públicas que controlen y supervisen el rol de sus empresas en otros Estados, así como diseñar planes nacionales de responsabilidad empresarial, en concordancia con el Artículo 1.1 que refuerza la obligación general de "Prevenir" y "Garantizar". Sin

embargo, es importante resaltar, en el panorama internacional el SIDH no ha usado un lenguaje vinculante ni se ha pronunciado de forma directa sobre la responsabilidad extraterritorial de los Estados de origen por las compañías transnacionales.

Como citar este capítulo

Vicuña, M., Quintero Orozco, B., y Reyes Moreno, L. (2018). Responsabilidad extraterritorial: análisis al goce de derechos de las comunidades y el rol de los Estados de origen. En M. Vicuña, y A.J. Aguilar-Barreto. (Ed.), *Nuevas tendencias del derecho en Colombia*. Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

Referencias

- Anaya, J. (2010). Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Recuperado de: <https://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8057.pdf?view=1>
- Bravo, R. (2003). La responsabilidad internacional de los estados de origen de las industrias extractivas: aproximación a las obligaciones extraterritoriales del derecho a la consulta en el marco del SIDH. AM. U. INT'L L. REV. Reino Unido, abril.
- Cerqueira, D. (2015). La atribución de responsabilidad extraterritorial por actos de particulares en el sistema interamericano: contribuciones al debate sobre empresas y derechos humanos. Aportes DPLF. 20(8), Recuperado en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35399.pdf>
- CIDH. (1997). Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.
- CIDH. (2001). Informe N° 73/01. Caso 12.350. MZ Bolivia. Informe del 10 de octubre.
- CIDH. (2010). Informe No. 112/10. Petición interestatal admisibilidad, Franklin Guillermo Aisalla Molina. Ecuador vs Colombia. Informe del 21 de octubre. Washington, D.C.

-
- CIDH. (2015). Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. OEA/Ser.L/V/II. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>
- Colombia. Corte Constitucional. (1994). Sentencia, T-123/94. Ref. Exp.: T-23708. MP.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá.
- Consortio, ETO. (2003). Principios de Maastricht sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados en el área de los derechos económicos, sociales y culturales. 28 de septiembre del 2011.
- Corte IDH. (1987). Opinión Consultiva OC-9/87. 6 de octubre.
- Corte IDH. (1994). Opinión Consultiva OC-14/94. 9 de diciembre.
- Corte IDH. (1997). Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Sentencia del 17 de septiembre.
- Corte IDH. (2000). Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala. Sentencia del 25 de noviembre. *Supra nota* 117.
- Corte IDH. (2003a). Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia del 18 septiembre.
- Corte IDH. (2005). Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay. Sentencia del 17 mayo.
- Corte IDH. (2006d). Caso la Cantuta vs Perú. Sentencia del 29 de noviembre. Párr. 9. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez.
- Corte IDH. (2008a). Caso Pueblo Saramaka vs Surinam. Sentencia del 12 de agosto.
- Corte IDH. (2012). Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Sentencia del 30 noviembre.
- Corte IDH. (2012b). Caso Vélez Restrepo y familiares vs Colombia. Sentencia del 3 de septiembre.
- Faúndez Ledezma, H. (1999). El sistema Interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales, editados por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2a. ed. San José, C.R. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/10070.pdf>

- Graterol M. E., Mendoza, M. I., Contreras, J., Graterol, R. & Espinosa, J. F. (Ed.) (2017). La Base de la Pirámide y la Innovación frugal en América Latina. Maracaibo, Venezuela: Publicaciones Universidad del Zulia. Obtenido en: https://www.researchgate.net/profile/Sandra_Carrillo_Sierra/publication/330259311_Representaciones_sociales_de_la_funcion_de_la_familia-escuela_en_la_educacion/links/5c360a1da6fdccd6b59efbcc/Representaciones-sociales-de-la-funcion-de-la-familia-escuela-en-la-educacion.pdf
- GTMDHAL. Grupo de trabajo sobre Minería y Derechos Humanos en América Latina. (2014) El impacto de la minería canadiense en América Latina y la Responsabilidad de Canadá. Informe presentado a la Comisión interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: https://www.dplf.org/sites/default/files/informe_canada_completo.pdf
- O'DONNELL, D. (2004). *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1ª ed,
- OEA. (1969). Carta de la organización de los Estados Americanos. IX Conferencia Internacional Americana del 30 de abril.
- OIT. (2014). Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y tribales. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Lima: OIT/Oficina regional para América Latina y el Caribe, 2014.
- ONU. (1979). Caso Lilián Celiberti de Casariego vs Uruguay. Comité de DDHH. Comunicación N° 56/1979. 17 de julio.
- ONU. (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Resolución aprobada por la asamblea general. (A/61/L.67 y Add.1). 13 de September. New York.
- Ruggie, J. (2008). *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development*. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. A/HRC/8/5
- TEDH. (1995). Caso Loizidou vs Turquía (Objeciones preliminares).

Sentencia del 23 marzo.

TEDH. (2005). Caso Bósforo Hava Yollari Turizm y Ticaret Anonim Sirketi vs Irlanda. Sentencia del 30 de junio

Zambrano Miranda, M.D.J. Manzano López, D.J.; Flórez Romero, M.; Carvajal Labastida, O.E.; Castro Cáceres, K.; Ramírez López, J.D. & Ramírez Zambrano, J.R. (2014). Oportunidades de inclusión productiva para la población en pobreza extrema y desplazamiento en Cúcuta. Cúcuta: Universidad Libre. Obtenido de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/portal/images/orinet-Oportunidades-inclusion-productiva-para-poblacion-en-pobreza-extrema-desplazamiento-Cucuta.pdf>

A partir de la dinámica jurídica colombiana, derivada de los ajustes generacionales y sociales que trae consigo la postmodernidad, se exige del Derecho la comprensión de la realidad para aportar soluciones concretas, ajustadas al precedente constitucional vinculante que garanticen el establecimiento de un orden justo y una seguridad jurídica. El pensamiento jurídico-filosófico impone el reto en el jurista en desarrollar su capacidad de pensar correctamente, en procura de saciar el interés de la justicia y del derecho, eliminando confusiones, detectando ambigüedades, explicitando alternativas y construyendo respuestas a los conflictos que se le ponen de presente.

Este texto ofrece resultados de investigaciones de corte jurídico que desde las corrientes filosófico-jurídicas que han inspirado el sistema colombiano, el impacto de implementación TIC en los procesos de aprendizaje, los cambios del modelo político-jurídico colombiano, el impacto que frente al derecho de propiedad de terceros adquirentes de buena fe ha tenido la Ley de Restitución de Tierras, de la responsabilidad extraterritorial de los Estados de origen de las compañías trasnacionales mineras, de la evolución del reconocimiento de derechos a la comunidad LGBTI.