



Centro de Información sobre
Empresas y Derechos Humanos

ASIMETRÍAS, ESTRATEGIAS Y POSIBILIDADES

LITIGIO ESTRATÉGICO

EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO DE
LAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES.





Foto: Cortesía CIDH licencia CCby 2.0

Asimetrías, estrategias, y posibilidades del litigio estratégico en materia de derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales

Autores: Amanda Romero, Fabián Andrés León Peñuela, Edwar Álvarez Vacca, Germán Ospina, Cesar Carvajal y Diana Murcia

Diagramación y diseño: Diego Andrés Nuñez Guerrero

Foto de portada:

- Jaime Huenchullán, Prensa Opal Chile, Licencia Creative Commons, Reconocimiento, No Comercial, Compartir Igual 4.0 Internacional
- twenty20photos, Envato Elements, J6GRCVB92D

ISBN Obra independiente: 978-958-52906-6-2

Sello Editorial: Centro de Información Sobre Empresas y Derechos Humanos (978-958-52906)

Con el apoyo de:



Colombia 2020

Programa Colombia

www.business-humanrights.org

CONTENIDO

- 02 Prefacio
- *Amanda Romero*
- 04 Introducción: Diagnóstico previo y escenarios del litigio estratégico
- *Fabián Andrés León Peñuela*
- 14 Primera parte
 - 15 Glencore y Drumond, Como sepulcros blanqueados, pretenden extinguir al pueblo indígena Yukpa
- *Edwar Álvarez Vacca*
 - 21 Hidroeléctricas e impactos ambientales y territoriales: El caso Anchicayá
- *Germán Ospina*
- 24 Segunda parte
 - 25 Contextos de la materialización de derechos: Nuevos sujetos de derechos y escenarios
- *Cesar Carvajal*
 - 31 Implementación de sentencias, desafíos del litigio estratégico y perspectivas de género
- *Diana Murcia*
 - 36 Defensa jurídica y política del territorio
- *Dora Lucy Arias*
- 40 Conclusiones
- 41 Referencias bibliográficas
- 42 Referencias legales

PREFACIO

Amanda Romero¹

A nombre del equipo del Centro de Información sobre empresas y derechos humanos, CIEDH, presentamos de manera sintética aportes del taller sobre litigio estratégico, derechos humanos y empresas, que se desarrolló gracias al apoyo de Diakonia de Suecia, a través de su programa para Colombia, en virtud de la situación tan difícil que atraviesa este país.

El CIEDH tiene, dentro de la región de América del sur (excepto Brasil), dos países prioritarios: Perú y Colombia. Desde nuestra perspectiva, trabajamos temas transversales como: la defensa de personas defensoras de derechos humanos y comunidades que enfrentan problemas vinculados o relacionados con empresas; la justicia de género y étnica/racial y, la necesidad de desarrollar *la Responsabilidad Legal Empresarial*, para hacer que las empresas rindan cuenta por sus actuaciones contrarias a los derechos humanos.

Los tres temas sobre los que el Centro encamina su acción mundial actualmente se refieren al uso responsable de los recursos naturales (los bienes naturales); en nuestra región, específicamente, en lo que tiene que ver con el extractivismo de minería, petróleo, gas, carbón y también agronegocio e hidroeléctricas y energías, en general; el segundo tema son los derechos laborales de trabajadoras y trabajadores en las cadenas de suministro y el tercero, aún incipiente en la región, sobre el uso responsable de las tecnologías de la información y la comunicación para preservar los derechos humanos y las libertades cívicas o ciudadanas.

La pregunta sobre qué, cómo y para qué se litigan casos que involucran a empresas ha sido uno de los pilares principales que inspiraron la creación del CIEDH en 2002. [El Portal de Responsabilidad Legal Empresarial del CIEDH](#) se ha ido fortaleciendo a lo largo de estos casi veinte años. Su finalidad es dar visibilidad a casos destacados en donde las empresas son llevadas a los tribunales o los que se refieren a personas defensoras, incluso abogadas, que son acusadas de diversos delitos por las empresas, dar cuenta de desafíos, análisis y comentarios sobre temas jurídicos relacionados con cuestiones normativas, reformas legales y acciones desarrolladas por gobiernos, instancias internacionales, propuestas de empresas e iniciativas intergubernamentales, como la de un instrumento internacionalmente vinculante sobre empresas y derechos humanos.

Siendo Colombia en donde tienen lugar diversas acciones de organizaciones de la sociedad civil por alcanzar la justicia en casos en que las acciones y omisiones de empresas resultan en consecuencias negativas para los derechos humanos, incluyendo su vínculo con el derecho al ambiente sano, desde 2016, a pesar de no prestar servicios legales por sí mismo, el CIEDH facilitó la reflexión con organizaciones de la sociedad civil que litigan ese tipo de casos en el país.

¹Investigadora senior y Representante Regional para América del Sur del Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos, desde 2011 y representante legal del programa en Colombia, desde 2019.

Como menciona nuestro colega Fabián León en este documento, la discusión se extendió a la región Latinoamericana, a través de los dos talleres regionales que el CIEDH ha realizado en Bogotá (2018) y Ciudad de México (2019). Por la pandemia, el tercer taller se aplazó en 2020 y posiblemente se realizará en el segundo semestre de 2021 virtualmente.

La discusión fundamental de estos escenarios de sociedad civil ha girado alrededor de los temas diferenciados del derecho a la reparación y del acceso a mecanismos de reparación, como lo señaló el Grupo de Trabajo de la ONU sobre empresas y derechos humanos en su [informe a la Asamblea General en 2017 sobre el tema](#)².

El documento brinda una reflexión basada en instrumentos existentes de derechos humanos, así como en Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño (Nº.16) y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nº.24) y decisiones del Sistema Interamericano, entre otros, relativos a las condiciones que deben reunir tanto los Estados como las empresas para llevar a cabo el *pleno resarcimiento* de los derechos humanos vulnerados en contextos de operaciones, servicios o productos empresariales, con reparaciones que sean “preventivas, compensatorias y disuasorias” (p.5), agregando que “no bastará con limitarse a ofrecer acceso a mecanismos de reparación: debe existir una reparación efectiva en la práctica, al final del proceso” (Nº.15, p.7), evitando, incluso, la retaliación contra quienes defienden sus propios derechos o los de otras personas en casos empresariales³.

Los aportes del taller son más amplios de los que se presentan en este documento y servirán como base para la puesta en marcha de la Red de Litigio Estratégico que el CIEDH tiene como acción prioritaria para los próximos años. En ese contexto, las importantes contribuciones del debate actual sobre un instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos en el Sistema de la ONU, así como las recomendaciones de órganos de tratados y de mecanismos especializados del Consejo de Derechos Humanos sirven como escenario propicio para que las organizaciones de la sociedad civil puedan incidir políticamente, desde sus experiencias en el terreno y sus acciones de defensa de personas y comunidades víctimas de violaciones y abusos de derechos humanos en contextos empresariales.

Finalmente, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como las emanadas de su Relatoría de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, REDESCA, junto a las Opiniones Consultivas y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos requieren ser incorporadas en el litigio estratégico colombiano y latinoamericano, para que sirvan de referente a los entes estatales, desde un “enfoque institucionalizado”, en donde el papel de las organizaciones de la sociedad civil y, en particular, quienes litigan es “aún más importante cuando los Estados no quieren o no pueden cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos, en particular debido a la presunta captura corporativa de los organismos gubernamentales”, como plantea el Grupo de Trabajo de la ONU.

²Documento A/72/162, originalmente del 18 de julio de 2017 y con enmiendas, del 20 de septiembre de 2017.

³En el informe de 2017, el Grupo de Trabajo citaba que, “En los 450 casos de ataques contra defensores de los derechos humanos seguidos por el Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos, el acoso judicial se ha convertido en la herramienta de represión más habitual (40% de los casos)”, según la base de datos de Defensores de Derechos Humanos del CIEDH. Desde 2019, el CIEDH desarrolla un proyecto mundial sobre el tema del uso del litigio estratégico contra la participación pública (SLAPP, por sus siglas en inglés), alusivo a esta grave situación, cuyo informe se presentará a mediados de 2021.

INTRODUCCIÓN:

DIAGNÓSTICO PREVIO Y ESCENARIOS DEL LITIGIO ESTRATÉGICO

Fabián Andrés León Peñuela⁴

En materia de litigio estratégico, el Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos (CIEDH) ha adelantado tres talleres regionales latinoamericanos. Uno en 2018, otro en 2019 y el tercero, en Colombia, a partir del cual trabaja este documento, en septiembre de 2020. Los dos primeros talleres son antecedentes de importancia para el último.

El primer taller se hizo en agosto de 2018, en Colombia. En él, se analizaron los desafíos y oportunidades que surgen de experiencias de litigio sobre derechos a la tierra y al territorio, así como el abordaje de intimidaciones y ataques contra personas defensoras de derechos humanos con énfasis en pueblos indígenas y afrodescendientes.

El segundo taller, tuvo como sede a México, en septiembre del siguiente año. Su fin, identificar y fortalecer las estrategias de defensa en favor de las comunidades y personas defensoras de la tierra, territorio y el ambiente en América Latina. En aquella oportunidad, se hizo énfasis en los litigios emprendidos por el Estado y/o las empresas contra lideresas y líderes sociales y abogadas o abogados, con el fin de silenciarlos, generar desgaste y dispersión de sus actividades o aplacar sus críticas, mediante la criminalización, estigmatización, persecución o silenciamiento.

El tercer taller, conducido en Colombia de manera virtual, en razón a las situaciones de la pandemia de la covid-19, se enfocó en analizar la relación y las dinámicas de los momentos *ex ante* y *ex post* de las decisiones judiciales. En el primer caso, el énfasis se hizo en los obstáculos y dificultades de acceso a la justicia y del ejercicio del litigio a los que se enfrentan comunidades y organizaciones defensoras de derechos humanos para exigirlos. En el segundo, en los obstáculos de implementación de decisiones judiciales favorables a las comunidades y el ambiente, que plantean un diálogo permanente entre autoridades y comunidades⁵.

Así las cosas, el equipo del CIEDH se propuso de comienzo acercarse a litigantes y organizaciones defensoras de derechos humanos para promover la creación de una Red de Litigio Estratégico en función de la defensa y garantía de derechos humanos de comunidades frente a actores económicos y empresariales. Lo haría mediante entrevistas y encuentros virtuales y con un formulario virtual alojado en la plataforma de Google (Google-form). De esa manera, se podría hacer un diagnóstico previo al tercer taller, tanto sobre los conceptos y conocimientos de las personas participantes, como del estado de experiencias y reflexiones comunes que pudieran guiar la discusión durante el taller y sirvieran de

⁴Investigador del Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos (CIEDH). Miembro del grupo de investigación JURE de la Universidad Nacional de Colombia.

⁵Suele hablarse de sentencias estructurales y ordinarias. Empero, el trabajo del grupo de Investigación de Justicia Real (JURE) de la Universidad Nacional de Colombia ha avanzado una tercera categoría denominada "sentencias semi estructurales", que se caracterizan por sus dificultades de seguimiento por parte del tribunal, su alcance inicial lejano a la promoción de políticas públicas e, incluso, la necesidad de realizar una lectura en clave de "entramado de sentencias", pues muchas veces el alcance de estas decisiones judiciales se hace efectivo sólo si se le asocia a otras sentencias de los jueces o juezas.

insumos para crear la Red. Es decir, el taller sería uno de los pasos para crearla. En los párrafos siguientes, presentamos el resultado del diagnóstico, en diálogo con los debates y discusiones suscitadas durante el evento.

Diagnóstico previo al tercer taller

Para formular el diagnóstico, se hizo una encuesta en línea en la que participó un grupo de 50 personas que se inscribieron al tercer taller *Litigio en derechos humanos y empresas: asimetrías, estrategias y posibilidades*, que tuvo lugar los días 21, 22 y 23 de septiembre de 2020⁶. Se hicieron las siguientes preguntas a cada persona:

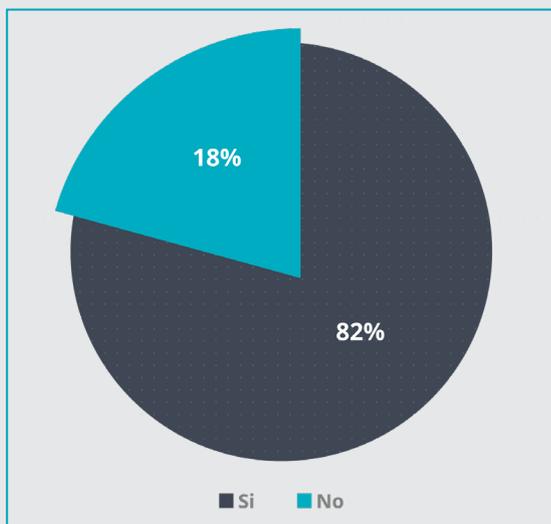
- » ¿Conoces el concepto de litigio estratégico?
- » ¿Conoces el concepto de litigio estratégico contra la participación pública?
- » ¿Has acompañado casos de litigio estratégico y con qué resultados?

Por otra parte, se indagó con cada asistente al taller sobre dos aspectos:

- » Los sectores empresariales a los que regularmente se enfrentan las comunidades, las y los defensores de derechos humanos y quienes litigan contra los abusos empresariales.
- » El derecho humano más vulnerado por parte de las empresas.

Sobre esa base, se encontró lo siguiente:

Gráfica 1. ¿Conoces el concepto de litigio estratégico?



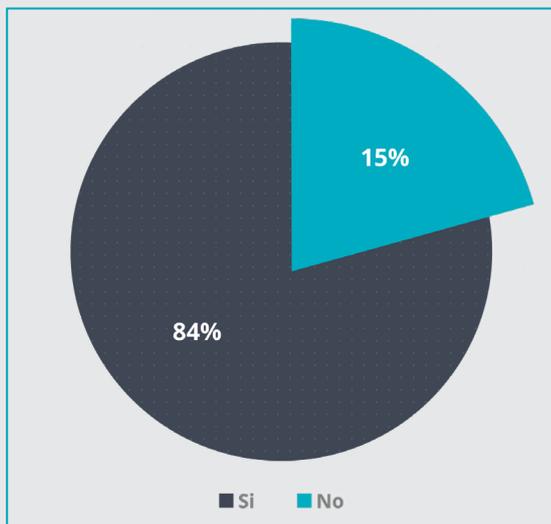
Fuente: Elaboración CIEDH basada en el formulario google form del taller

A la pregunta acerca de si conocía el concepto de litigio estratégico, el 82% de las personas participantes contestó que sí (véase gráfica 1) y lo definió así:

[es un tipo de] litigio de alto impacto constituido a partir de una estrategia de selección, análisis y puesta en marcha de un acompañamiento integral e interdisciplinario dentro de los casos impulsados, lo que permite lograr un efecto significativo con relación a los derechos de las comunidades, acciones que tienen como objetivo generar impacto en la opinión pública y la generación de precedentes judiciales y políticos. (Tomado del formulario de la encuesta)

⁶Sitio web de los talleres adelantados por el programa Colombia, del Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos (el acceso es limitado a quienes participaron en el taller): <https://www.ciedhcolombia.org/>

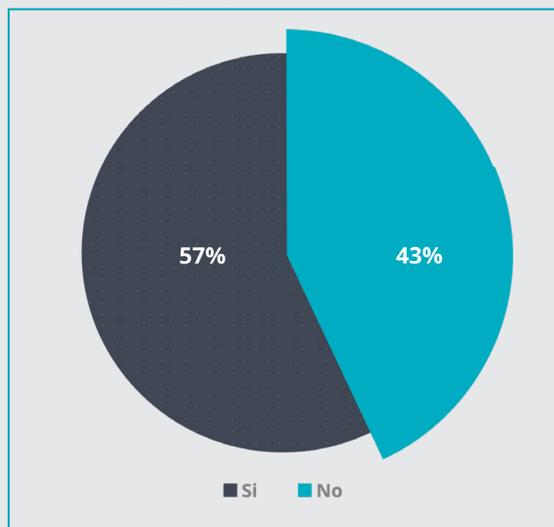
Gráfica 2. ¿Conoces el concepto de litigio estratégico contra la participación pública?



Fuente:Elaboración CIEDH basada en el formulario google form del taller

Con respecto a si se conocía el concepto de *litigio estratégico contra la participación pública* (en inglés, *Strategic Lawsuits Against Public Participation, SLAPP*), el resultado fue opuesto al anterior: el 84 % de las personas consultadas manifestó **NO** conocerlo (véase gráfica 2). Esto puede obedecer a que, en el contexto colombiano, se utiliza más bien la expresión *Criminalización contra líderes sociales*, algo que se deduce de las respuestas dadas por quienes se acercaron al concepto: estas personas lo definieron como un “litigio en contra de campañas de empresas grandes que utilizan sus recursos para debilitar, silenciar y criminalizar las luchas (de movimientos sociales/ambientales, por ejemplo) en contra de sus intereses” (tomado del formulario de la encuesta).

Gráfica 3. ¿has acompañado casos de litigio estratégico y con qué resultados?



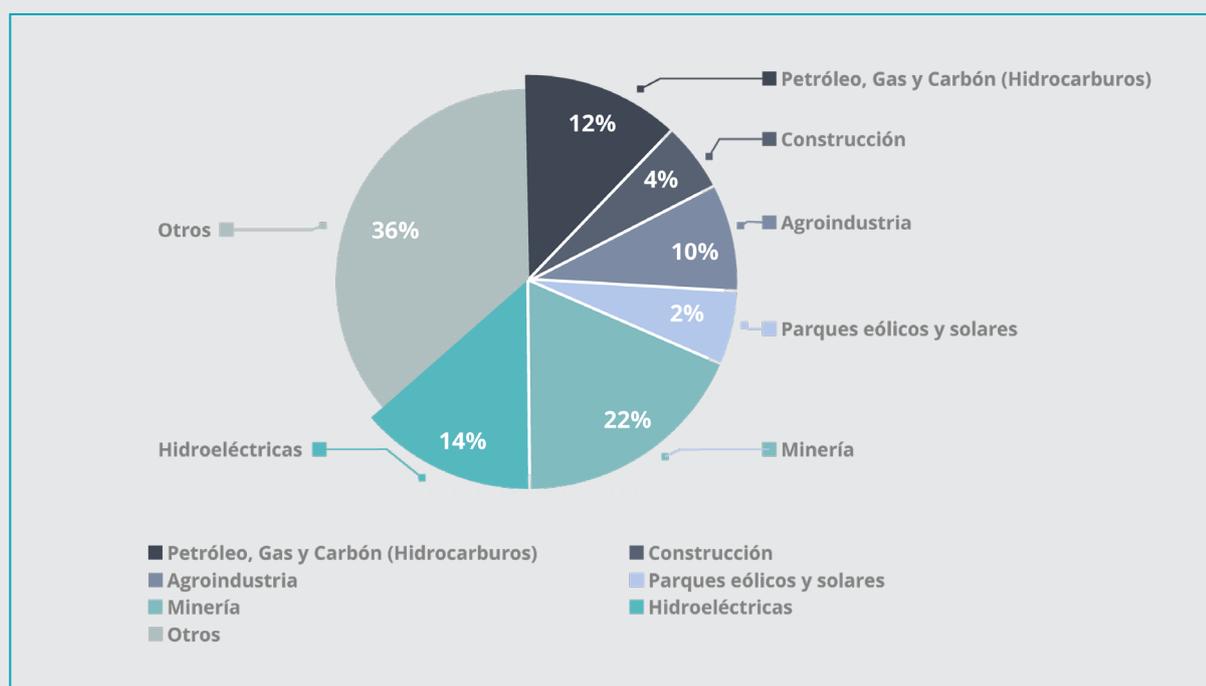
Fuente:Elaboración CIEDH basada en el formulario google form del taller

El 57% de las personas participantes respondió que ha acompañado o acompaña litigios estratégicos (véase gráfica 3). Su acompañamiento se ha dado en ámbitos diversos: escenarios laborales, como los reintegros de trabajadores sindicalizados; en materia de reconocimiento de derechos de víctimas del Estado, asociados a ejecuciones extrajudiciales en lugares como Antioquia; o a afectados por la hidroeléctrica El Quimbo (Huila); a pueblos indígenas que han solicitado reparación por parte de multinacionales, para detener proyectos extractivos de carbón a cielo abierto en el Catatumbo (Norte de Santander) y el Cesar; y en defensa del Páramo de Santurbán (Santander y Norte de Santander). Algunas de las personas consultadas que han litigado contra empresas manifestaron haber perdido la mayoría de estos casos debido a cambios en la ley en los Estados Unidos⁷ o por haber sido víctimas de SLAPP.

⁷Referidos a la decisión de la Corte Suprema de Justicia respecto del “forum non conveniens” en el caso de 2014 Kiobel vs Shell: <https://www.business-humanrights.org/es/%C3%BAltimas-noticias/resumen-de-la-demanda-contra-shell-ejecuciones-en-nigeria-kiobel-contra-shell-procedimientos-en-eeuu/>

Con respecto a la pregunta por los sectores empresariales a los que regularmente se enfrentan las comunidades, las/los defensores de derechos humanos y quienes litigan contra los abusos empresariales, hubo los siguientes resultados: el 22 % (11 personas) del total de quienes respondieron identificó la minería como el sector empresarial que más vulnera derechos; el 14 % (7 personas) señaló que en esa responsabilidad al sector energético asociado a las hidroeléctricas, el 12 % (6 personas) al de los hidrocarburos y el 10 % (5 personas) a la agroindustria (véase gráfica 4).

Gráfica 4. ¿Cuáles sectores empresariales están implicados?



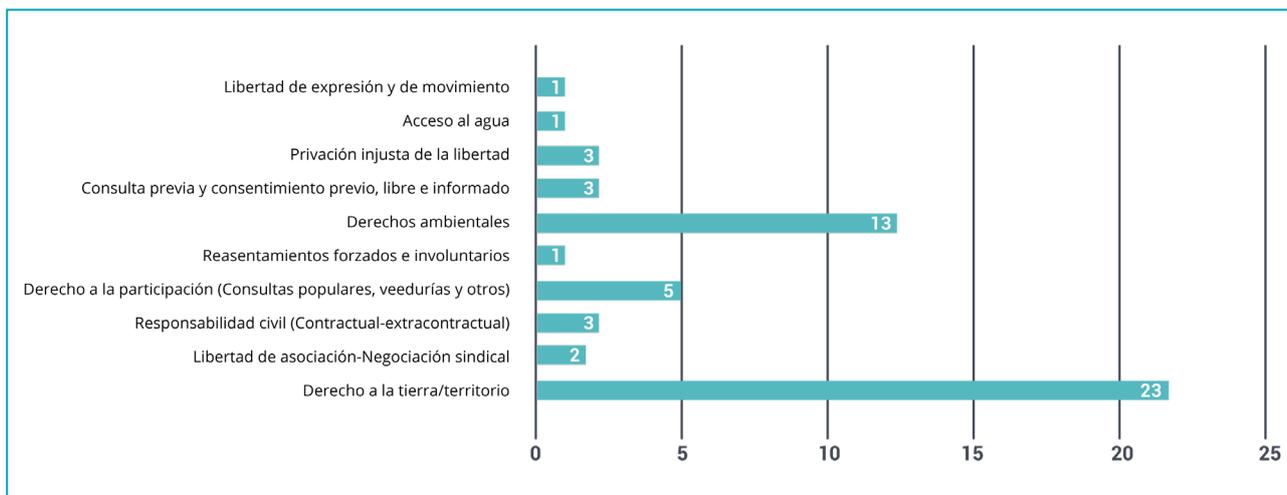
Fuente:Elaboración CIEDH basada en el formulario google form del taller

Llama la atención que el 36 % (18 personas) se refirió a sectores diferentes a los elegidos en la encuesta: financiero, Empresas Promotoras de Salud (EPS) (CIEDH, 2019a) y las fuerzas armadas y policiales, asociadas a crímenes de Estado (CIEDH, 2109b). En el caso del sector financiero no es común que éste se vincule a vulneraciones a los derechos humanos, pues se le considera ajeno a los territorios donde estas ocurren (véase Arbeláez y Pacheco-Girón, 2020). De igual forma, las vulneraciones a los derechos en el sector salud, son endilgadas de manera recurrente a la estructura normativa e institucional promulgada por la ley 100 de 1993, generando una tendencia a justificar de facto, dichas conductas por parte de actores privados, dejando el total de la responsabilidad en el Estado. Por último, aunque existe cada vez más conocimiento sobre los impactos que generan los convenios de colaboración entre empresas⁸, fuerza pública y organismo de justicia como la Fiscalía, la militarización de las empresas tiende a entenderse como un parte sustancial del modelo de negocio.

⁸Para profundizar este tema, sugerimos el estudio de González & Moore (2019).

Finalmente, el 41,8 % (23 personas) del total de participantes señaló que el derecho más vulnerado por parte de las empresas es el derecho a la tierra/al territorio; el 23,6% (13 personas) indicó que los más vulnerados son los derechos ambientales y el 9 % (5 personas), el más vulnerado es el derecho a la participación asociado a los mecanismos constitucionales reconocidos en la Constitución Política (véase gráfica 5).

Gráfica 5. Número de personas que señalan un derecho como el más vulnerado



Fuente:Elaboración CIEDH basada en el formulario google form del taller

Con estos resultados, se prepararon los temas del taller y se adelantó la jornada, como se dijo, en septiembre de 2020. Los debates suscitados en él y el diagnóstico previo entregaron la materia prima para identificar *escenarios del litigio estratégico para la exigibilidad y protección de derechos humanos*, que presentaremos en los siguientes apartes.

Escenarios del litigio estratégico para la exigibilidad y protección de derechos humanos

Como se mencionó, el diagnóstico previo y las discusiones adelantadas durante el taller nos permitieron identificar cuatro escenarios de litigio estratégico para la exigibilidad y protección de derechos humanos en contextos en los que las empresas y otros actores económicos los afectan o vulneran. Adicionalmente, se precisó la urgente necesidad de articular y consolidar dos espacios que hoy vemos cooptados e instrumentalizados, totalmente, por las empresas: el de *los peritos* y el de *las ramas del derecho*.

Los cuatro escenarios de litigio estratégico son:

- » Uno de ruptura de la lógica de grupos cerrados que litigan por su cuenta.
- » Uno en el que hay otros espacios, además del judicial, para promover el litigio estratégico.
- » Uno en el que el litigio estratégico es posibilidad de acción y de pedagogía ciudadana.
- » Uno en el que el litigio estratégico debe articularse en varios niveles territoriales y en múltiples espacios institucionales y organizacionales.

Antes de entrar a ampliar en qué consiste cada escenario, es importante señalar un aspecto que se encontró como recurrente en los litigios examinados en el taller y que alimentó los escenarios identificados: el desafío en términos de asimetría de poder. Nos referimos a los litigios que reivindican el derecho a la vida y el territorio de los pueblos indígenas (Wayuu o Yukpa, en este caso), a las demandas por un ambiente sano de las comunidades afrodescendientes y campesinas (como las afectadas por las represas La Salvajina, Anchicayá, El Quimbo o Hidroituango) y a los pleitos impulsados por las organizaciones sindicales y sociales que se enfrentan a proyectos extractivos bajo control de multinacionales, con serios cuestionamientos por su supuesta complicidad en el conflicto armado (véase tabla 1).

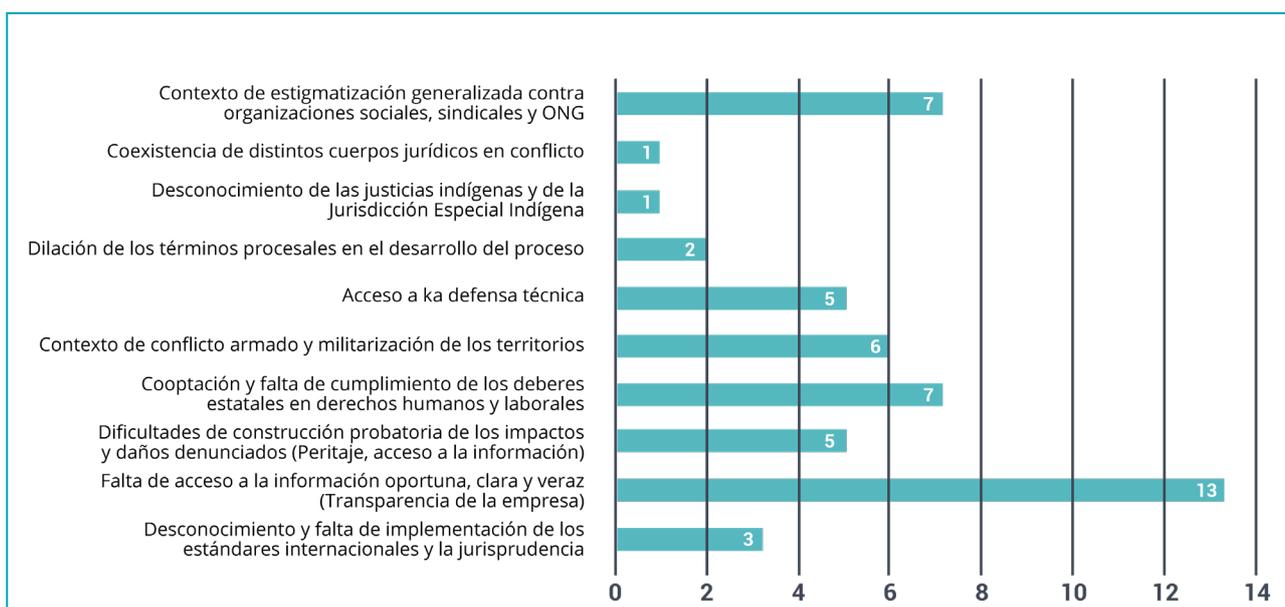
EN LA PÁGINA DE CIEDH, PUEDE ENCONTRARSE LA LÍNEA HISTÓRICA DE LOS LITIGIOS EN LOS SIGUIENTES ENLACES

- **WAYUÚ:**
<https://www.business-humanrights.org/es/%C3%BAltimas-noticias/carbones-del-cerrej%C3%B3n-miente-y-act%C3%BAa-de-manera-fraudulenta-frente-a-sentencia-judicial-y-respuesta-a-los-relatores-especiales-de-naciones-unidas/>
- **YUKPA:**
<https://www.business-humanrights.org/es/%C3%BAltimas-noticias/colombia-consejo-de-estado-confirma-decisi%C3%B3n-de-suspender-proyectos-mineros-en-territorio-ancestral-yupka/>
- **REPRESA LA SALVAJINA:**
<https://www.business-humanrights.org/es/%C3%BAltimas-noticias/colombia-campa%C3%B1a-por-comunidad-amenazada-por-denunciar-incumplimiento-de-sentencia-judicial-contr-epsa-en-la-represa-la-salvajina-un-ind%C3%ADgena-asesinado/>
- **CENTRAL HIDROELÉCTRICA ANCHICAYÁ:**
<https://www.business-humanrights.org/es/%C3%BAltimas-noticias/colombia-la-comisi%C3%B3n-interamericana-de-derechos-humanos-acepta-el-caso-de-comunidades-negras-del-anchicay%C3%A1-por-contaminaci%C3%B3n-de-epsa/>
- **REPRESA EL QUIMBO:**
<https://www.business-humanrights.org/es/%C3%BAltimas-noticias/colombia-emgesa-deber%C3%A1-indemnizar-a-pescadores-afectador-por-represa-el-quimbo/>
- **HIDROITUANGO:**
<https://www.business-humanrights.org/es/%C3%BAltimas-noticias/colombia-epm-e-integral-sa-vinculadas-por-la-justicia-transicional-por-personas-desaparecidas-en-zona-de-influencia-de-hidroituango/>

Fuente: Elaboración propia

Los escenarios mencionados dan cuenta de esa asimetría, así como de los problemas propios de litigar contra actores que concentran poder y que tienen una capacidad significativa de incidencia en las decisiones públicas, tanto gubernamentales como judiciales. Y ante la pregunta a las personas asistentes al taller sobre cuáles son las principales dificultades a las que se enfrentan las comunidades y las organizaciones por la acción judicial que despliegan las empresas, se destacaron respuestas sobre: la falta de transparencia de las empresas y las trabas que esto implica para el acceso a la información, así como la estigmatización a personas defensoras de derechos humanos y comunidades locales y la captura corporativa del Estado (véase gráfica 6).

Gráfica 6. No. de personas que identifican la principal dificultad a la que se enfrentan las comunidades y las organizaciones por la acción judicial de las empresas.



Fuente:Elaboración CIEDH basada en el formulario google form del taller

Luego de establecer como punto de partida del taller procesos que acompañan o lideran los participantes del taller, a estas personas se les preguntó lo siguiente: *¿qué mecanismos podríamos implementar para desarrollar un trabajo articulado y orientado a diferentes campos del litigio estratégico?* Con sus respuestas, se pudieron identificar los escenarios de acción mencionados y que ahora detallaremos.

Primer escenario. Ruptura de la lógica de grupos cerrados que litigan por su cuenta: las estrategias de litigio deben propender por articular procesos en términos de alianzas, en lugar de actuar de manera aislada. En esa perspectiva, varias personas plantearon crear una comisión de trabajo o alguna forma de organización en red (como la Mesa de Organizaciones de la Sociedad Civil sobre Empresas y Derechos Humanos) de carácter interdisciplinario. Esta nueva forma operaría de manera periódica y permitiría compartir tanto los casos exitosos como los no exitosos. La labor se haría con un enfoque comparado y con el objetivo de crear sinergias entre diferentes casos y procesos, para aprovechar los escenarios mencionados dan cuenta de esa asimetría, así como de los problemas propios de litigar contra actores que concentran poder y que tienen una capacidad significativa de incidencia en las decisiones públicas, tanto gubernamentales como judiciales. Y ante la pregunta a las personas asistentes al taller sobre cuáles son las principales dificultades a las que se enfrentan las comunidades y las organizaciones por la acción judicial que despliegan las empresas, se destacaron respuestas sobre: la falta de transparencia de las empresas y las trabas que esto implica para el acceso a la información, así como la estigmatización a personas defensoras de derechos humanos y comunidades locales y la captura corporativa del Estado (véase gráfica 6).

Segundo escenario. Espacios diferentes al judicial para desarrollar el litigio estratégico: el litigio sobrepasa las esferas judiciales. Es vital promover espacios de incidencia en el poder legislativo y en los cuerpos colegiados de los ámbitos departamental y municipal (asambleas y concejos). Las personas participantes plantearon dos caminos: articular acciones para compartir información y construir colectivamente mapas de contexto o de rutas de litigio, basados en investigaciones que integren varios campos del saber y con una perspectiva intercultural; de esa manera, pueden recolectarse acervos probatorios, identificar normatividad nacional e internacional, hacer una lectura de actores y, aún, recurrir a instancias diplomáticas para promover importantes debates, como el referido al desplazamiento por proyectos de desarrollo o por el cambio climático.

La pluralidad de estrategias y campos de acción respondería al fenómeno del *backlash* (Post y Reva, 2013, pp.63-64) o reacción adversa: Este fenómeno suele asociarse a tácticas deshonestas de las empresas, mediante las que estas difaman y criminalizan a las organizaciones o actores demandantes y hasta asesinan a los líderes o lideresas (Arbeláez y Pacheco-Girón, 2020), sea que hayan ganado o no un proceso judicial. El CIEDH ha documentado un fenómeno particular de represalias contra líderes y organizaciones sociales, a través del citado SLAPP, o litigio estratégico contra la participación pública (Arbeláez y Pacheco-Girón, 2020). Por lo tanto, es fundamental construir estrategias de comunicación e incidencia política y mediática que puedan acompañar las acciones judiciales.

Tercer escenario. Litigio como posibilidad de acción y pedagogía ciudadana: el litigio no debe reducirse, tampoco, a las acciones procesales, sino que debe permitir la formación y el trabajo político con las comunidades. Ambas labores, orientadas por un diálogo franco de saberes que potencie los aprendizajes de las experiencias exitosas y de fracaso. En este sentido, se propuso diseñar y construir una red de trabajo colaborativo cimentada, en palabras de una persona participante del taller, en “mecanismos de fácil acceso y con periodicidad fija, [de modo] que incentive [el] sentido de pertenencia, [la] disciplina y [el] éxito”.

Los procesos que adelantan las comunidades para defender sus derechos pueden ser motores de fortalecimiento democrático de una sociedad. Por esta razón, se garantiza una sociedad más madura y honesta para enfrentar la conflictividad si se recurre a mecanismos de veeduría en materia judicial y de políticas públicas que determinen el impacto de las decisiones judiciales y de gobierno; o si se impulsan iniciativas de gobernabilidad de la sociedad civil, al promover un mayor involucramiento de las comunidades en asuntos estratégicos de interés público o de diálogo entre la ciudadanía y quienes toman decisiones. Estas estrategias permitirían, incluso, fortalecer valores de tolerancia cero a los abusos y violaciones de derechos en contextos empresariales.

Cuarto escenario. El litigio estratégico debe articularse en diferentes ámbitos territoriales y en múltiples contextos: En función del litigio, deben articularse acciones de orden nacional y de orden internacional (extraterritorialidad) e impulsarse un diálogo permanente con las autoridades. También, propender por el fortalecimiento de formas comunitarias de acceso a la justicia, de la jurisdicción especial indígena y de los mecanismos locales de gobernanza del territorio; esto último daría preponderancia a instrumentos jurídicos propios, de las autoridades tradicionales, y un relacionamiento comunitario con las autoridades locales.

Espacios cooptados por las empresas

A grandes dificultades se enfrentan las comunidades por efecto de las asimetrías entre empresas y comunidades, como lo mostró la gráfica 6: en términos generales, las consecuencias de esas dificultades es que se limitan en forma significativa las garantías de una defensa técnica y del acceso a justicia, reparación y garantías de no repetición de vulneraciones de derechos humanos cometidas por empresas o asociadas a sus actividades económicas. Esa situación se relaciona, como se mencionó, con la cooptación que hay de dos espacios por parte de las empresas: el de *los peritos* y el de *las ramas del derecho*.

» Peritos

Las relaciones asimétricas entre empresas y comunidades permean los mecanismos de acceso a una efectiva justicia y reparación. Todos. Hoy, demostrar afectaciones concretas asociadas a actividades empresariales implica recurrir a un círculo reducido de expertos, pero, en muchas ocasiones, estos suelen favorecer en sus dictámenes los intereses de actores económicos. La razón de lo anterior es que proferir conceptos técnicos favorables a comunidades tendría para ellos un costo en contrataciones futuras, pues son las empresas sus clientes directos.

Entonces, una red de litigio estratégico debe incluir de manera insoslayable a académicos, técnicos y expertos independientes y un prerrequisito inaplazable es fortalecer la educación pública universitaria. En este contexto, es preciso reconocer importantes antecedentes de trabajo honesto de organizaciones como la Corporación Geoambiental Terrae⁹ o el apoyo de organizaciones internacionales como la American Bar Association¹⁰.

» Pluralidad de ramas del derecho

La articulación de diferentes ramas del derecho deja ver con claridad que un litigio de largo alcance no se puede reducir a un espacio de confort, es decir, a ejercicios de *suma cero* en los cuales se termine llegando a estancamientos entre la necesidad de reivindicar un derecho y la vulneración del mismo, pues un resultado de este tipo en el litigio puede parecer razonablemente plausible, pero en términos de derechos humanos, su garantía no puede ser relativa, ya que estos se materializan o no.

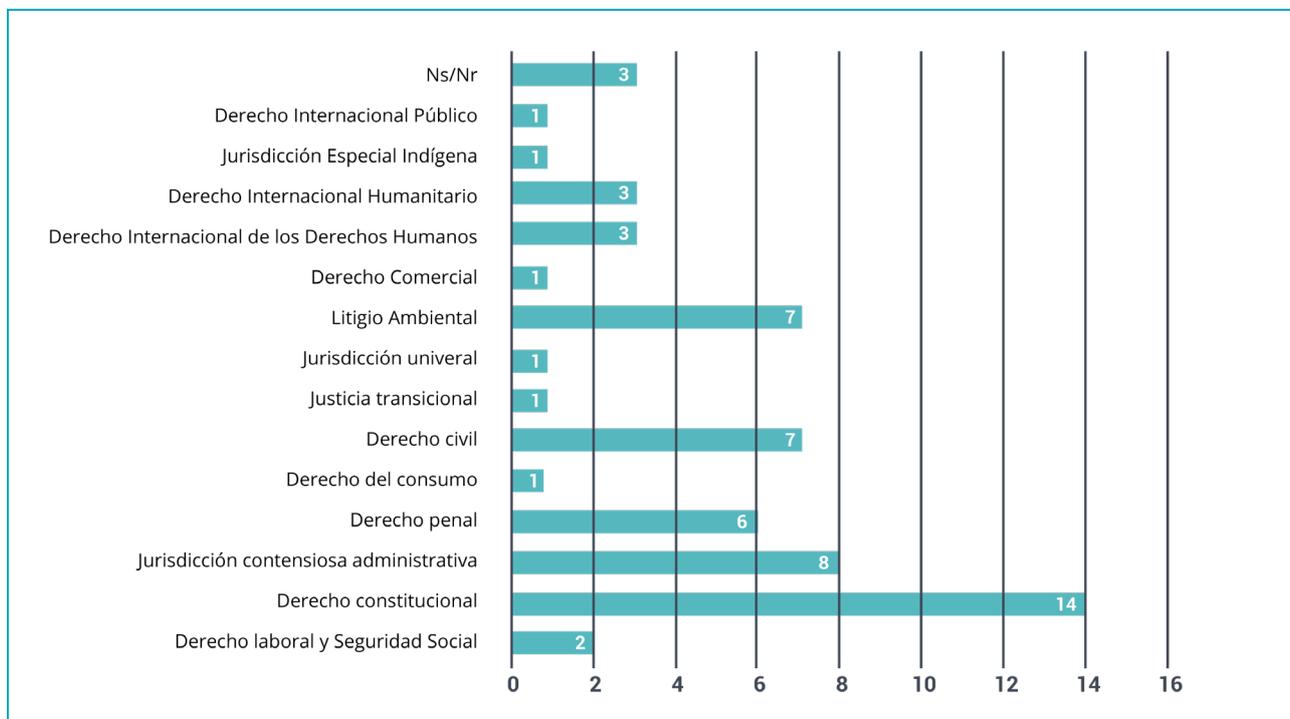
Este cuestionamiento al ejercicio restrictivo del litigio a escenarios donde se tiene mayor experiencia, no pretende desconocer que cada litigio favorable fortalece a las organizaciones, aun cuando este no tenga la tradicional espectacularidad de aquellas decisiones judiciales que suelen proferir los tribunales de cierre. Al respecto, a quienes participaron en el taller se les planteó la siguiente pregunta: *¿Cuál escenario judicial (rama del derecho) consideras más pertinente para el quehacer de tu organización y de los procesos de litigio estratégico que acompañas o lideras?*

⁹Puede consultarse la dirección <https://www.terraengeoambiental.org/>

¹⁰Puede consultarse la dirección <https://www.americanbar.org/>

La gráfica 7 presenta las tendencias expresadas.

Gráfica 7. Respuestas a la pregunta por el escenario judicial considerado más pertinente



Fuente:Elaboración CIEDH basada en el formulario google form del taller

Sus respuestas dan cuenta de la importancia que se asignó a lograr sentencias estructurales, en el contexto de acciones jurídicas de derecho público, sin dejar de lado acciones administrativas e, incluso, de derecho civil (espacio jurídico dominado por los actores económicos).Adicionalmente, las personas participantes en el taller identificaron las problemáticas ambientales como articuladoras de diferentes ramas del derecho, pues los debates que introducen permiten volver a pensar a los sujetos de derechos, las formas de garantizar dichos derechos; incluso, consolidar trasplantes epistemológicos entre estas (esto es, la teoría de las actividades peligrosas y del riesgo como fundamento de la obligatoriedad de la diligencia debida o la integración del principio precautorio como criterio de evaluación del análisis de riesgos en derechos humanos).

PRIMERA PARTE



Foto: twenty20photos, Envato Elem

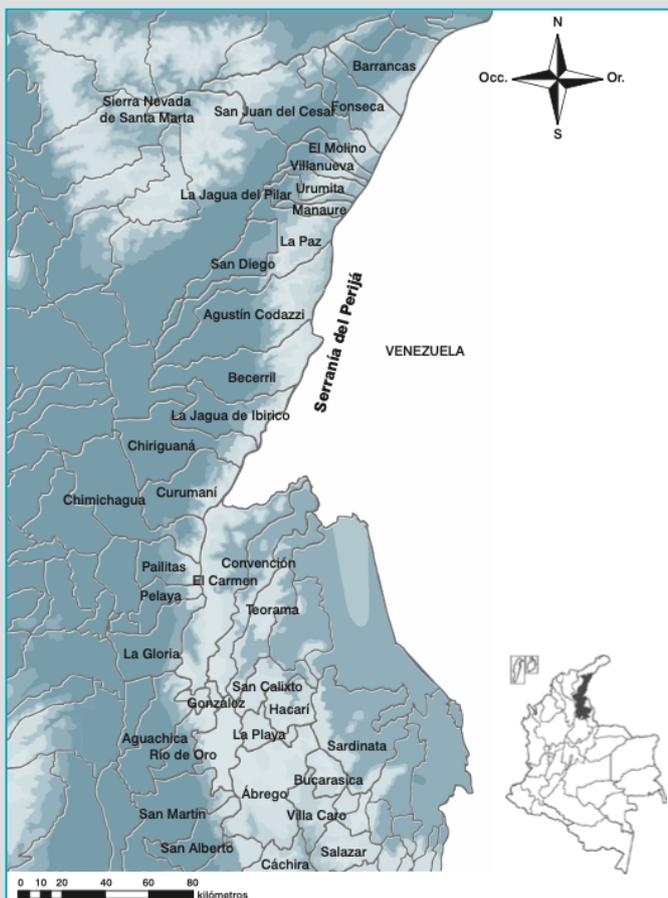
Los principales desafíos del litigio por los derechos humanos en contextos de alta asimetría, como en el caso de las vulneraciones a estos derechos por parte de empresas, pueden entenderse mejor al profundizar en las experiencias de organizaciones sociales y de litigantes. Este capítulo presenta dos de esas experiencias: de una parte, el litigio estratégico entre los 11 mil indígenas del pueblo Yukpa y las multinacionales Glencore Suiza y la Drummond Company; de otra, el caso de la hidroeléctrica de Anchicayá. Su exposición responde a la pregunta hecha en la primera parte del taller: *¿cuáles son los principales obstáculos y dificultades que enfrentan las comunidades en el contexto del litigio?*

GLENCORE Y DRUMMOND, COMO SEPULCROS BLANQUEADOS, PRETENDEN EXTINGUIR AL PUEBLO INDÍGENA YUKPA

Edwar Álvarez Vacca¹¹

En el departamento del Cesar, costa norte colombiana, específicamente en la subregión de la Serranía del Perijá, se está adelantando el litigio estratégico entre las multinacionales Glencore Suiza y la Drummond Company y nuestros 11 mil indígenas del pueblo Yukpa. Este pueblo se encuentra ampliamente protegido por la Constitución colombiana, por su cultura de nomadismo y en riesgo de exterminio físico y cultural según Auto 004 de 2009, de la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-025 de 2004.

Mapa 1. Subregión Serranía del Perijá



Fuente: Aguilera Díaz (2016, 11).

Esta subregión posee la segunda fábrica de agua más importante en la costa Caribe: más de catorce (14) importantes cuencas hidrográficas y 220 millones de metros cúbicos de agua subterránea de las cuencas de los valles de los ríos Cesar y Ranchería. También, ecosistemas frágiles como el bosque tropical seco y variados servicios ecosistémicos para beneficio de la región, la nación y el planeta. Esos ecosistemas son: las zonas de reserva forestal de la Ley 2ª de 1959, el Parque Nacional Natural Serranía del Perijá, el páramo del Perijá y la fábrica de agua mencionada. Sin embargo, la industria del carbón ha desviado y eliminado algunas de las cuencas hidrográficas y pretendería desollar el agua subterránea, pues la empresa Drummond pretende impulsar un proyecto piloto de *fracking*.

Respuesta de Drummond sobre proyecto de *fracking* en sus operaciones¹².

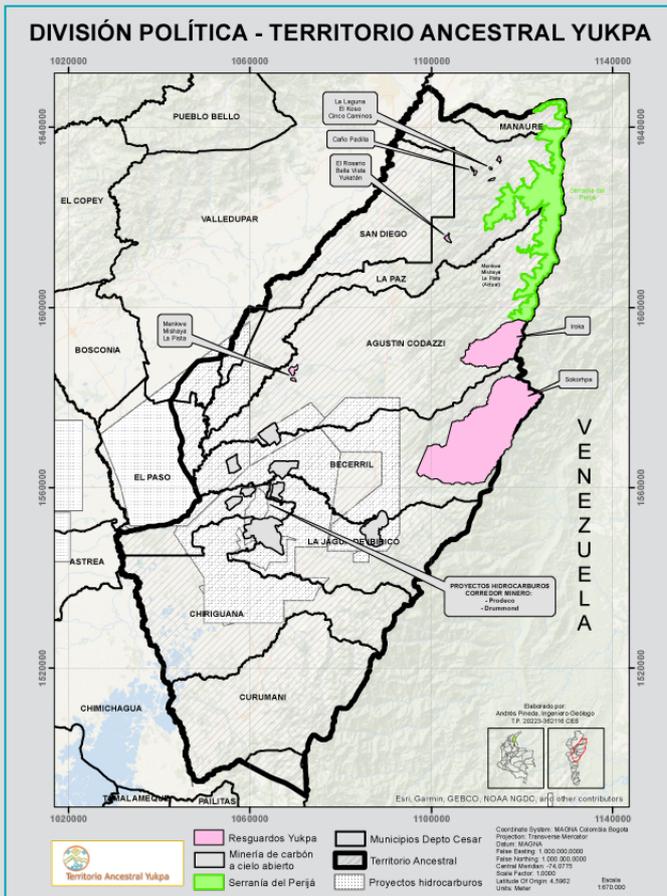
¹¹Dirigente social, defensor de derechos humanos, experto en asuntos humanitarios, étnicos, territoriales y ambientales.

¹² <https://www.business-humanrights.org/es/%C3%BAltimas-noticias/respuesta-de-drummond-sobre-proyecto-de-fracking-en-sus-operaciones/>

Del contexto cultural, social y geográfico y lo sucedido allí

Nuestro territorio ancestral Yukpa limita al norte con el departamento de La Guajira, al sur, con el municipio de El Carmen, región del Catatumbo; al occidente, con el río Cesar y al oriente con la República Bolivariana de Venezuela (véase mapa 2).

Mapa 2. Territorio ancestral Yukpa



Fuente: Aguilera Díaz (2016, 12).

La cosmovisión, usos y costumbres de nomadismo o de movimiento de nuestro pueblo indígena Yukpa, están íntimamente ligadas al principio elemental de estacionarnos por pequeños periodos y por grupos de personas. Esto nos permite desarrollar actividades itinerantes ligadas a la agricultura: recolectar, pescar y cazar, y luego dejar descansar y reposar la tierra, para que los microclimas se regeneren, después de la intervención antrópica en la tierra. Esta práctica ancestral garantiza que, a los meses o años, cuando volvamos, habrá suficiente comida para nuestro pueblo, agua para más de 200 mil personas que habitan en las partes planas y oxígeno para el mundo.

Nuestro territorio ancestral Yukpa se encuentra invadido por títulos mineros; los títulos mineros en solicitud son 314, que equivalen a 261.809 hectáreas; concedidos son 126, es decir, 149.529 hectáreas. Ambos tipos de títulos mineros se traslapan notoriamente con las expectativas de ampliación de los seis (6) resguardos y, por lo tanto, se cruzan con los sitios de importancia ancestral, medicinal y espiritual del Pueblo Yukpa. Es decir, representan una invasión a la cosmovisión y cultura de nuestra etnia.

Lo aberrante de esta actividad es que, como estrategia, el Estado y las multinacionales Drummond y Glencore han utilizado la discriminación contra el pueblo Yukpa y, de esta manera, han violentado abiertamente el artículo 3° del decreto 2164 del 7 de diciembre de 1995, que dice lo siguiente:

Los territorios tradicionalmente utilizados por pueblos indígenas nómadas, semi-nómadas o agricultores itinerantes para la caza, recolección u horticultura, que se hallaren situados en zonas de reserva forestal a la vigencia de la ley 160 de 1994, sólo podrán destinarse a la constitución de resguardos indígenas. Las reservas indígenas, las demás tierras comunales indígenas y las tierras donde estuvieren establecidas las comunidades indígenas o que constituyan su hábitat, sólo podrán adjudicarse a dichas comunidades y en calidad de resguardos.

En este orden de ideas, desde 1994, no debieron haberse sustraído áreas de las zonas de la Reserva Forestal de la Serranía de los Motilones y del río Magdalena, pues su función solo es compatible para la constitución y ampliación del territorio ancestral Yukpa. Lamentablemente, el Estado, en el periodo comprendido entre el 3 de agosto de 1994 y el 4 de junio de 2019, sustrajo o despojó 10.176,3 hectáreas de la Zona de Reserva de los Motilones y la Zona de Reserva del río Magdalena, que son del territorio ancestral Yukpa, para darle paso a la minería a gran escala. El resultado de esto es que se han secado los ríos y asesinado a nuestros niños y niñas.

De otra parte, más de 2.800 indígenas Yukpa se han desplazado de nuestro territorio a 15 ciudades de Colombia como consecuencia del conflicto armado, el abandono del Estado, el despojo territorial hecho por las empresas Drummond y Glencore y los impactos directos de la minería a cielo abierto. Hoy, los hermanos Yukpa vivimos en situación de miseria e indigencia, bajo la indiferencia y abandono del Estado y los que nos quedamos en nuestras escasas tierras, estamos hacinados, si tenemos en cuenta nuestra naturaleza de seres nómadas: una familia Yukpa vive en menos de 5.000 metros cuadrados.

Igualmente, en las partes altas, el Estado y las multinacionales del carbón nos obligaron a habitar en pequeñísimos resguardos; eso significa que no podemos realizar nuestras prácticas de agricultores itinerantes porque se traslapan nuestras escasas tierras con ecosistemas, entre ellos, el Parque Serranía del Perijá, páramos, nacaderos de ríos y piedras o montañas rocosas. Las actividades minero-energéticas a gran escala desarrolladas en nuestro territorio ancestral originan que más de 30 niños y niñas Yukpa mueran al año por enfermedades asociadas con la desnutrición. Es decir, carbón para los chinos, para los japoneses, para los europeos y para los hindúes, a cambio de la vida de nuestros niños.

La multinacional suiza Glencore y la estadounidense Drummond Company lograron sin mayores inconvenientes adquirir y licenciar los títulos mineros y los medios de transporte y, como sepulcros blanqueados, es decir, con una diabólica estrategia de ocultamiento de corrupción a nivel nacional y regional, estas compañías son protagonistas del despojo del territorio ancestral del pueblo indígena Yukpa de la Serranía del Perijá.

Antecedentes del litigio estratégico

En ese escenario, lo escalofriante es un par de coincidencias: coincide la llegada de las multinacionales del carbón al territorio ancestral Yukpa, con la incursión de los paramilitares al centro del Cesar o Serranía del Perijá; y coincide la desmovilización de las Autodefensas Campesinas de Colombia (AUC), con el licenciamiento y orden de operación de gran parte de estos proyectos. Lo anterior fue una operación milimétricamente calculada: las multinacionales del carbón lograron cooptar, amenazar y corromper las administraciones municipales, departamentales, las corporaciones ambientales, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y la Agencia Nacional de Consulta Previa. Se presume, entonces, que existió una relación basada en lo ilícito y lo violento, para extraer el carbón del Perijá y discriminar al pueblo indígena Yukpa¹³. Veamos:

La discriminación se ha traducido en no visibilizar la existencia del pueblo Yukpa para proteger su derecho fundamental de la consulta previa amparado en el artículo 6° del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, de 1989; fue la estrategia poderosa utilizada por Glencore y Drummond y por el Estado en su conjunto, para anular su derecho fundamental a la consulta previa y evitar que se pusiera una talanquera a sus políticas expansionistas y de monopolio en el corredor minero de la serranía del Perijá, territorio ancestral Yukpa.

El 7 de diciembre de 2017, en el contexto de los *Acuerdos de finalización del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* firmados un año antes entre las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colom-

¹³En noviembre de 2020, el señor Jaime Blanco Maya, exfuncionario de rango medio de la Drummond Company, acogido por la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), empezó a prender el ventilador sobre una parte oscura del relacionamiento entre las AUC y estas empresas del carbón.

bia (Farc-EP) y el Estado colombiano en cabeza del presidente Juan Manuel Santos, la honorable Corte Constitucional ordenó a la Agencia Nacional de Tierras (ANT) delimitar el territorio ancestral Yukpa, ampliar y sanear los síes (6) resguardos indígenas de este pueblo Yukpa. También ordenó a la ANT y al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS) atender las preocupaciones del pueblo Yukpa por la sustracción de la zona de reserva forestal de la Ley 2 de 1959.

El 19 de abril de 2018, el gobierno del Juan Manuel Santos llegó a un acuerdo con el pueblo Yukpa: bajo el Principio de Precaución, se suspenderían los actos administrativos de La Zona de Reserva Forestal de la Serranía de los Motilones y de la Zona de Reserva Forestal del río Magdalena en territorio Yukpa.

En ese sentido, la Dirección de Bosques y de Biodiversidad del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, mediante el Auto 131 de 2019, suspendió el trámite de sustracción de unas áreas de la Reserva Forestal Serranía de los Motilones. Esta reserva se estableció mediante la Ley 2ª de 1959. Es decir, se suspendería la expansión en el municipio de la Jagua de Ibirico, departamento del Cesar, del proyecto del Grupo Prodeco, filial de la multinacional Glencore denominado “Disposición de material estéril (conformación de botadero de estéril) y el manejo de aguas de escorrentía (construcción de canales y piscinas de sedimentación) que permita el desarrollo del proyecto Minero La Jagua”. La expansión era requerida por las sociedades Carbones de La Jagua S. A., Consorcio Minero Unido S.A. y Carbones El Tesoro S.A. mediante los radicados E1-2017-015680 y E1- 2017-020177 de 2017, contenido en el expediente SRF- 446.

Sin embargo, el gobierno del presidente Iván Duque Márquez protagonizó el último acto de despojo territorial el 11 de abril de 2019. La Directora de Bosques y Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos del MADS decidió de manera ilegal revocar el Auto 131 de 2019 y permitir la sustracción de las 99,26 hectáreas de la Zona de Reserva Forestal de la Serranía de los Motilones, para dar paso al proyecto El Palomo de la empresa Prodeco.

Nosotros, el pueblo indígena Yukpa, decidimos iniciar, ante semejante acto de ilegalidad y vulneración de nuestros derechos fundamentales y territoriales, un litigio estratégico. Se trata del más importante que se haya adelantado en todo el hemisferio occidental contra la multinacional Glencore. Esta compañía ha dejado millones de huellas negativas ambientales, culturales y de derechos humanos a lo largo y ancho del planeta. La anterior fue una lucha de David contra Goliat, una disputa legal entre prestigiosos abogados contratados por esta multinacional e indefensos indígenas que solo teníamos las pruebas y la determinación de orar de día y de noche para que el Dios de la vida nos hiciera justicia.

El curso seguido por el litigio

En nuestras acciones, le demostramos al Tribunal Administrativo del Cesar y, luego, al Consejo de Estado los aberrantes actos ilegales de las autoridades ambientales y de omisión a la consulta previa, consignada como derecho en la Constitución de Colombia. También, fundamentamos nuestra demanda en el Principio de Precaución en territorio ancestral indígena, fijado en Sentencia T-530 del 27 de septiembre de 2016 por la Corte Constitucional y en el incumplimiento de la orden cuarta de la Sentencia T-713 de 2017, proferida por la misma honorable Corte, a fin de ordenar la delimitación del territorio ancestral Yukpa.

La acción de tutela que llevó al último fallo mencionado tenía 1.514 folios, que incluían pruebas y testimonios. En ella, el pueblo Yukpa debilitó uno tras otro los vergonzosos alegatos de la institucionalidad, la cual “estaba arrodillada” y doblegada por las amenazas de Glencore de endurecer sus posturas en la demanda que adelantaba ante el tribunal de arbitraje internacional con sede en Washington¹⁴. El mismo resultado se obtuvo por cuenta del honorable Consejo de Estado, que zanjó la controversia sobre la delimitación del territorio, cuando determinó en sus conclusiones lo siguiente:

Esta Sala no desconoce la gran importancia que tiene el sector minero para el desarrollo de la Nación, pese

¹⁴Ver el análisis de la Red de Justicia Ambiental sobre este caso: <https://justiciaambientalcolombia.org/glencore-internacional-a-g-y-c-i-prodeco-s-a-v-colombia/>

a ello, el presente asunto amerita otorgar prevalencia a los derechos a la consulta previa y diversidad étnica de la comunidad Yukpa, ante el grado de indefinición de los beneficios que podría traer la actividad minera de disposición de material estéril y manejo de aguas de escorrentía al conjunto de la población, incluyendo a los pueblos indígenas (Consejo de Estado, 2020).

Glencore, o Goliat no se quedó quieto. Contrató y presentó ante el Consejo de Estado que llevaba la acción de tutela en última instancia el costoso peritaje elaborado por,

[la empresa] John T. Boyd Company con sede en Pittsburgh, Pennsylvania - EUA, donde se explicó que la operación integrada 'La Jagua' es un complejo minero a cielo abierto, operado conjuntamente por las Carbones de La Jagua S.A., Consorcio Minero Unido S.A. y Carbones El Tesoro S.A., y compuesto por cinco contratos de concesión (Consejo de Estado, 2020).

Adicionalmente, de manera heroica, el Consejo de Estado (2020), derrumba dicho peritaje en su parte motiva al mencionar lo siguiente:

La disposición de material estéril en el área sustraída de la [Zona de Reserva Forestal] ZRF, que se traslapa en su totalidad con el área de expectativa de la comunidad Yukpa, sin duda puede acarrearle una afectación, máxime cuando las sociedades reconocen que tal material desechado en grandes cantidades sobre la zona pretendida por esa comunidad –31 2 millones de metros cúbicos destinados para el botadero Palomo según el dictamen pericial (véase párrafo 46).

En medio de la pandemia de la covid-19, las noticias se centraron en que nuestro pueblo Yukpa era el primero en estar infectado por este virus. Eso significó que pasó desapercibido el hecho de que el honorable Consejo hubiera suspendido el proyecto El Plomo de la multinacional Glencore, la entrega de títulos mineros, de concesión de hidrocarburos, de nuevas licencias ambientales, de sustracción de la Zona de Reserva Forestal de la Serranía de los Motilones y la Zona de Reserva Forestal del río Magdalena, hasta tanto no se delimite y amplíe el territorio ancestral Yukpa.

Dada la importancia de lo anterior, transcribimos la justificación del principio de precaución, la consulta previa y nuestra condición de etnia nómada amenazada; también, los apartes más importantes de las conclusiones del Consejo de Estado en la providencia mencionada

Apartes más importantes de la sentencia del Consejo de Estado radicado número 20001-23-33-000-2019-00275-01, 3 de marzo de 2020

Señala el alto tribunal lo siguiente:

“(…) se echa de menos que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, consciente de las reclamaciones efectuadas desde hace varios años por parte de la comunidad Yukpa y de su caracterización como etnia amenazada, nómada y agricultora itinerante, con una ubicación geopolítica reconocida desde el año 2009 (...) no hubiere atendido idóneamente su deber legal de actualizar la información sobre la presencia o no de grupos étnicos en el área de la actividad ‘disposición de material estéril (botadero estéril) y manejo de aguas de escorrentía, construcción de canales y piscinas de sedimentación’, con posterioridad a la sentencia T-713 de 2017.

Además, en lo relativo a la vinculatoriedad y legalidad de la consulta previa realizada, el Consejo de Estado consideró lo siguiente:

“(...) la información registrada en la Certificación n.º 650 de 22 de junio de 2017, al tratarse de un documento desactualizado respecto de la sentencia T-713 de 2017, proferido sin una verificación adicional en campo (a pesar del conocimiento de la presencia aledaña de la comunidad Yukpa y su condición de etnia nómada amenazada), tratándose de aquellos actos administrativos que la jurisprudencia constitucional ha reconocido como carentes de seguridad jurídica por las dificultades institucionales de la Dirección de Consulta Previa y bajo el contexto [de] incumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional ante la falta de imitación del territorio ancestral de la comunidad accionante, permite colegir que no resultaba vinculante para que el ministerio dispusiera el levantamiento de la suspensión del trámite administrativo de sustracción de las áreas de reserva forestal

“(...) Para esta Sala, la resolución 0479 de 11 de abril de 2019, por medio de la cual el ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible efectuó la sustracción definitiva de 92,9 hectáreas de la Reserva Forestal de la Serranía de los Motilones y 4,2 hectáreas de la Reserva Forestal del río Magdalena, también conllevó la trasgresión derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad indígena Yukpa.”

El Consejo de Estado señala que la Corte Constitucional ya ha sentado precedente en materia de delimitación territorial e implementación del principio de precaución:

“[Con] Respecto a la ausencia de delimitación de las comunidades étnicas y la aplicación del deber de precaución en tales casos, la Corte Constitucional ha afirmado que: a pesar de la ausencia de delimitación, para la Sala es inaceptable el argumento presentado por la Agencia [Nacional de Minería] en el sentido de que, como el territorio no aparece registrado en el Catastro Minero, entonces la entidad no está obligada a proporcionarle a la comunidad las garantías previstas en la Constitución y la ley. En primer lugar, porque como lo ha establecido la jurisprudencia, *la existencia de una comunidad indígena no depende de su aparición o no en bases de datos estatales, en tanto que es una situación de hecho cuyo registro sirve sólo a propósitos de publicidad, mas no declarativos*. Segundo, porque las obligaciones del Estado colombiano, según el marco jurídico internacional y la jurisprudencia interamericana, implican que, *ante cualquier caso de duda, las instituciones deben propender por maximizar la protección de los pueblos indígenas y de sus territorios, de [manera] que la ausencia de delimitación no conlleva la autorización para concesionar los mismos sino que, por el contrario, implica un deber de precaución para que cuando dicho territorio sea finalmente delimitado, las comunidades puedan disfrutar de éste*.

(...)

En ese sentido, el mencionado deber de precaución está justificado por el especial carácter que reviste el territorio para las comunidades indígenas pues de él derivan su sustento económico, social y cultural y en él se materializan sus derechos fundamentales, por lo que es necesario que las distintas instituciones del Estado desplieguen sus competencias con el propósito de garantizar en la mayor medida posible la integridad del mismo, hasta tanto no sea delimitado y titulado definitivamente. Lo anterior porque, *si durante el proceso de delimitación se concesionan partes del territorio o se autoriza la explotación del mismo por parte de empresas privadas o entes públicos, se están limitando a futuro, de manera grave, los derechos que la comunidad tendría sobre dicho espacio y, con ello, su supervivencia de allí en adelante*, por lo que abstenerse de otorgar licencias en un territorio que está siendo objeto de delimitación y titulación para beneficio de una comunidad étnica es una obligación en el marco del derecho internacional de los derechos humanos.

De este modo, la [Agencia Nacional Minera] ANM tiene el deber de otorgar prelación al derecho fundamental al territorio de los pueblos indígenas por encima de las solicitudes de terceros porque, de lo contrario, cuando finalmente sea delimitado el territorio del Resguardo, la extensión final de terreno se puede ver drásticamente reducida con las concesiones existentes (cursivas agregadas).

HIDROELÉCTRICAS E IMPACTOS AMBIENTALES Y TERRITORIALES: EL CASO ANCHICAYÁ

Germán Ospina¹⁵

El caso Anchicayá (Buenaventura), con Radicado 2002-04584, ocurrió en el año 2011, en un contexto de violencia generalizada, generada por grupos ilegales; de pobreza extrema y de olvido estatal, constituyéndose en una suerte de statu quo en la zona.

Con la llegada de grupos paramilitares en el año 2000 a estos territorios, la situación se revistió de particular complejidad: masacres, desplazamientos y una barbarie total que se ensañó con las comunidades del Pacífico colombiano. Un año después, se abren las compuertas de la represa de Anchicayá, con el fin de limpiar el embalse, que estaba colmatado de lodos putrefactos acumulados durante décadas en las que no se emplearon los protocolos establecidos para su limpieza. Al encontrarse el embalse repleto de lodos, la “solución más económica” para evacuarlos fue abrir las compuertas de fondo, que NO se diseñaron para este efecto, y empezaron a arrojar durante un mes, aproximadamente, cientos de miles de toneladas de lodos al río Anchicayá ante la vista de todas las autoridades, sin que nadie hiciera nada para evitarlo. Muchas especies del río murieron por física asfixia, se extinguieron; los lodos podridos entraron, además, a las fincas y contaminaron los fértiles suelos y sus cultivos de las riberas. Estos graves hechos se investigaron y, finalmente, el Ministerio de Ambiente declaró el desastre ambiental y social (resoluciones 809 de 2001 y 556 de 2002).

Esta catástrofe ambiental, cultural, social y económica sin precedentes para estas comunidades las colocó en riesgo de extinción tanto a ellas, como al ecosistema, altamente frágil. Estamos hablando de una etnia afrodescendiente, minoritaria, en extrema pobreza, sin sus condiciones básicas satisfechas; carecen de acueductos y han tomado el agua del río para su consumo; tampoco tiene alcantarillado, ni vías (utilizan el río, entran por el mar y por el río); son comunidades demasiado vulnerables que vivían en cierta tranquilidad, pero sus territorios se convirtieron en escenario de guerra y estando en esta grave situación, se sumó para ellas el desastre ambiental generado por la hidroeléctrica de Anchicayá.

Es importante mencionar también que esta es una zona con una gran biodiversidad reconocida en el mundo y cuando sucede la tragedia, estas comunidades se enfrentan, entonces, a la reclamación de sus derechos. Estamos hablando de los desafíos para ellas. El primer desafío que veo es encontrar un apoderado legal que acompañe este tipo de procesos. No es fácil, porque siempre, como es lo común, los abogados no siempre llegan altruistamente a donde estas comunidades. Llegaron muchos, diciéndoles que ellos podrían llevar el caso, pero que requerían recursos; obviamente, los necesitaban para empezar y, evidentemente, no los tenían. Debían aparecer y las comunidades, contar con la suerte... Vamos a dejar esto a la suerte: encontrar un apoderado, una organización que les dijera: “nosotros asumimos los costos de todo el camino, por largo que sea, y no importa el número de procesos que se abran”; porque, esto no es una sola acción legal, como vamos a ver más adelante: es un abanico de procesos que parece interminable (en este momento contamos con 12 incidencias). En este sentido, los apoderados han de tener un compromiso muy serio en cuanto al tiempo de duración (porque cada proceso se resuelve no en uno, ni en dos años: en este caso llevamos 19 años de lucha).

¹⁵Abogado, asesor jurídico y dirigente social, defensor de derechos humanos, experto en asuntos humanitarios, étnicos, territoriales y ambientales.

Para las comunidades, este primer paso es ¡abismal! Es decir, ¿qué sucede si no encuentran una organización o un abogado que decida asumir esos costos, los riesgos, los altos riesgos? Esto último es otra parte que es intangible, pero que tiene un peso enorme. En el caso de Buenaventura, estábamos en pleno conflicto, en la época más violenta –yo creo– del conflicto en Buenaventura; entonces, para ir a visitar a las comunidades, realizar las pruebas, etc., hay que transitar este escenario de guerra, donde hacía presencia, primero, la fuerza pública; más adelante, en la carretera, si uno se iba por la vía terrestre, se encontraban los paramilitares; luego, la guerrilla; es decir, había condiciones extremas y, si bien las comunidades brindaban y brindan su apoyo, muchas veces hay situaciones que se escapan a la voluntad; es decir no existe ningún tipo de protección para la seguridad de los abogados. De todos modos, una situación bastante apremiante; yo considero que el desafío es romper ese círculo de impunidad que empieza en no poder, ni siquiera, iniciar una acción legal para reclamar la indemnización y reparaciones del caso.

Debe recordarse que en este caso se optó por una acción de grupo, distinta de la acción popular, pues se buscó una reparación netamente indemnizatoria, en razón del perjuicio causado a las comunidades. Para acceder a este tipo de procesos, lo único con lo que pueden contar las comunidades al no tener recursos para iniciar el caso es encontrar un abogado que les acepte el sistema de *Cuota Litis*. Esta figura consiste en que el abogado asume absolutamente todos los costos procesales y, además, los costos de las pruebas, etc. (en el caso que nos ocupa, también se inició otra serie de acciones legales.) Y si, al final, hay un resultado favorable, el abogado recibirá una parte de la compensación por la condena impuesta; si no hay resultados favorables, ni el abogado, ni las comunidades, reciben nada. Es, pues, una apuesta extremadamente riesgosa y costosa para cualquier abogado.

Así las cosas, este es el primer gran obstáculo que tienen las comunidades: para acceder a la justicia, al derecho al acceso a la justicia. El acceso a la justicia se traduce, no solo en encontrar un abogado o un grupo de abogados que asuman todo el proceso: está, también, el tema de la prueba. La prueba es un elemento fundamental, como bien lo sabemos: “dadme la prueba y os daré el derecho”. Si no tenemos una prueba sólida, muy bien constituida, pues, el proceso no tiene mucha vocación de prosperar. En el caso de Anchicayá, hay una particularidad: las entidades demandadas son, por un lado, la empresa privada (ahora la empresa es Epsa, del Grupo Argos), y por otro, una autoridad ambiental.

Sucedió que esta empresa privada, cuando ingresó a Colombia en 1995 con las privatizaciones (era una empresa española, Unión Fenosa), lo que hizo fue dejar una parte de las acciones, el 20 %, a la autoridad ambiental regional, la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, CVC. Esa práctica se convierte en una forma de cooptar a la autoridad ambiental y acarrea graves consecuencias en el momento de una demanda. En nuestro caso, instauramos la demanda en contra del Ministerio del Medio Ambiente, en contra de la CVC y en contra de la empresa y esto hace que sea una contraparte absolutamente desproporcionada en relación con nosotros; yo actuaba como un simple abogado litigante, con una oficina común y corriente en Buenaventura y no contaba con un respaldo en lo más mínimo, en comparación con el respaldo con el que contaba la contraparte en todos los aspectos: jurídico, técnico, político, económico, frente a todas las instancias, tanto judiciales como la legislativa. Ahí se ve una asimetría desbordante. Cuando yo entré en esto, jamás dimensioné el escenario planteado anteriormente. Era evidente que sería una pelea muy compleja, pero, jamás al nivel que llegó.

Lo que sí dije desde un principio a las comunidades –y este es otro consejo– fue que este proceso había que mirarlo con una vocación internacional. Porque luchar contra el Estado mismo, aliado con la multinacional, no es una pelea fácil, ni hay garantías de acceso a la justicia, realmente. Yo fui muy claro con la comunidad: “este es un caso muy complejo, nuestra contraparte es demasiado poderosa y hay que buscar las alternativas”.

Por eso, desde 2006, decidimos acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Hicimos una petición formal de que se aceptara la dilación injustificada en resolver de fondo el caso, lo que rompía con las normas generales de esa instancia. Ya llevábamos cinco años desde el inicio de la acción de grupo (en Colombia) y era un tiempo prudencial, establecido en esta Comisión, para que el caso se resolviera. Esta estrategia legal ante la CIDH es clave. Desafortunadamente, la Comisión ha tenido sus altibajos, sus momentos difíciles, sus coyunturas políticas, económicas, etc. y nuestro caso también se ha visto sometido a ese vaivén y no es fácil. No es que acudir a la Comisión sea la panacea, pero sí es un recurso importantísimo y hay que utilizarlo, en lo posible; ese es el consejo. Pero, no pensar que eso va a ser de un día para otro.

Para resumir: nosotros presentamos la petición ante la CIDH en 2006 y solo fue hasta 2018 que le dieron apertura formal al caso; pasaron muchos años para que, definitivamente, la Comisión decidiera darle la apertura formal al caso *Anchicayá* (CIDH caso 13.166). En este, la Comisión ya estableció un plazo improrrogable al Estado colombiano para que entre a hacer sus consideraciones de fondo; luego de ello, entrará a hacer un pronunciamiento y a tomar una decisión al respecto.

Otra recomendación es acudir ante órganos de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), es importantísimo; nosotros también lo hicimos desde un comienzo, en 2005; teníamos una sentencia de tutela que no se había cumplido y fue gracias al acompañamiento que hizo la OAC-NUDH, que asistió con sus camionetas, en una reunión de las comunidades con el Ministerio, la empresa, la Defensoría y la Procuraduría, que logramos que finalmente se cumpliera la tutela. Allí empezó la vital incidencia de la ONU y fue lo que impulsó el cumplimiento de la tutela. Eso era lo que necesitábamos para que se viera que había una observación internacional en el caso y así logramos dar un paso en el cumplimiento de una de las medidas ordenadas por el Ministerio de Ambiente a favor de las comunidades.

A partir de ahí, generamos un relacionamiento muy productivo con la Oficina en Colombia de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de la ONU; tanto así que, en 2013, nos invitaron al Segundo Foro Mundial de Empresas y Derechos Humanos, presentamos el caso y, además, logramos activar los procedimientos especiales, mediante un Comunicado conjunto, firmado por seis relatores especiales y grupos de trabajo. Los procedimientos especiales son muy importantes, porque generan una incidencia –a pesar de que no tienen “dientes”, sí tienen una incidencia y generan una presión política bastante importante, no solo ante la jurisdicción nacional, sino que eso tiene repercusiones, incluso ante la CIDH. Entonces, el consejo es abrir esos espacios, siempre pensar en que hay que buscar alternativas internacionales.

Por otra parte, los abogados debemos contar con un equipo técnico que respalde todo el proceso en la parte probatoria, ojalá, de carácter internacional; nosotros tuvimos la suerte de contar con la participación de una organización muy importante, internacional, en valoración de daños. Ella utiliza la metodología de *valoración de servicios ecosistémicos* y de transferencia de beneficios. Este moderno e idóneo sistema de valoración de daños nos ha servido muchísimo en el caso; y, aun así, la batalla es enorme.

Es fundamental perseverar, tener paciencia y hacer resistencia, madurar la capacidad de resiliencia y sobre todo trazar alianzas. Las claves de todo esto son las alianzas: con organizaciones nacionales, con organizaciones internacionales; hacer incidencias y relacionamientos de toda clase; esto, además, se convierte en una forma de generar una cierta tranquilidad para las comunidades, que se sienten observadas y acompañadas en su caso; este acompañamiento es fundamental.

SEGUNDA PARTE



Foto: Alberto Hero

En procura de conseguir una decisión judicial que les sea favorable, las comunidades y organizaciones enfrentan múltiples desafíos y obstáculos. Dicho de otro modo, las decisiones favorables parecieran ser el punto final de un camino de vulneraciones de derechos que se intersectan y son de una amplia gama. Ahora bien, el cumplimiento de las decisiones judiciales resulta ser un nuevo desafío y campo de acción para el activismo y el litigio. Por ello, en la segunda parte del taller se trató la siguiente pregunta: *¿cuáles son los obstáculos de implementación de sentencias favorables a las comunidades y al ambiente?*

En los siguientes artículos, además de responder a la anterior pregunta, se abordarán temas relacionados con otros interrogantes vinculados:

- » ¿Cómo superar las asimetrías que implica la implementación de sentencias en contextos de actividades empresariales?
- » De cara a las asimetrías de poder en el contexto de la exigibilidad de derechos, ¿qué lecciones ofrece el debate sobre los nuevos sujetos de derecho?
- » ¿Qué oportunidades ofrece el debate sobre los nuevos sujetos de derecho en la justiciabilidad de derechos humanos?
- » ¿Cómo se protege e involucra a los afectados en el litigio?
- » ¿Qué medidas de protección se pueden usar durante el proceso?
- » ¿Cuáles son las principales lecciones aprendidas?

CONTEXTOS DE LA MATERIALIZACIÓN DE DERECHOS: NUEVOS SUJETOS DE DERECHOS Y ESCENARIOS

Cesar Carvajal¹⁶

Entiendo que los objetivos de este foro giran en torno a (i) el litigio estratégico y (ii) la implementación de decisiones, en especial, cuando se trata de sentencias estructurales.

Yo hablaré de un tema que, si bien no se relaciona, necesariamente, con esos dos objetivos, sí se ha tocado constantemente en la jurisprudencia colombiana: el reconocimiento, como titulares de derechos, a sujetos que tradicionalmente no han tenido esa condición; para simplificar, el reconocimiento como “nuevos sujetos de derechos”. Sin embargo, quisiera situar mi intervención en una experiencia particular, que me lleva a dos situaciones: a tener una perspectiva crítica acerca del alcance de las decisiones estructurales y su cumplimiento y a conocer un contraste intenso entre dos órganos de justicia: la Corte Constitucional y la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

En los once años que trabajé en la Corte Constitucional, tuve la oportunidad de participar en discusiones amplias sobre los derechos de los pueblos étnicos, el derecho ambiental y los derechos de los animales y conocí de cerca las decisiones sobre “asumir el cumplimiento” de una sentencia. Actualmente, en la JEP, hago parte de la creación (de jurisprudencia) en medio de la adversidad. Las discusiones tienen un contexto que marca una diferencia fundamental, derivada de la legitimidad de cada Tribunal/Jurisdicción.

La Corte Constitucional nació con el impulso del proceso constituyente de 1991 y sus decisiones fueron, en un primer momento, acogidas como parte de ese aire renovador. En contraste, la JEP nació como resultado del proceso de paz que culminó con aquel referendo en el que se dio esa especie de “cincuenta-cincuenta”, pero cincuenta-menos-un-poquito a favor de la aprobación del Acuerdo, lo que afectó su legitimidad desde el inicio y le impuso una carga con la que aún se enfrenta. En cuanto a los contenidos, a la Corte Constitucional le corresponde desarrollar la parte más linda de los derechos; recibe las voces de todos los ciudadanos y de todas las ciudadanas y administra la acción de tutela, la más importante para la eficacia de los derechos en la historia colombiana. En contraste, la JEP debe hablar de grandes y graves crímenes; o violaciones de derechos humanos, y dar tratamientos especiales a esos hechos, particularmente dolorosos.

Además de esta situación personal, esta ponencia se basa en un escrito que hice en homenaje a mi ex jefa en la Corte Constitucional María Victoria Calle Correa¹⁷. Ella venía del mundo del derecho privado, en especial, de los seguros. Y fue ternada gracias a la influencia de políticos cercanos a los ex presidentes César Gaviria Trujillo y Álvaro Uribe Vélez. Por ello, cuando su nombre comenzó a sonar, la sociedad esperaba de ella que asumiera cierta *agenda política y jurídica*, una agenda no tan independiente. Sin embargo, desde sus primeras decisiones, María Victoria sorprendió en la Corte, al integrar el grupo de siete magistrados que votaron en contra de la reforma constitucional para habilitar la segunda reelección de Álvaro Uribe. Desde ese momento, se desmarcó del estigma y empezó a hacer un trabajo en el que demostró una capacidad enorme para separarse del pensamiento del derecho privado y empezar a pensar más a favor de los derechos de los más vulnerables, por decirlo así.

¹⁶Magistrado auxiliar de la JEP, exmagistrado auxiliar de la Corte Constitucional.

¹⁷El autor se refiere a un texto suyo titulado Dos modos de caminar el ambiente (Carvajal, 2020) publicado en septiembre de 2020 por la Fundación Heinrich Böll-Colombia junto con uno de María Victoria Calle y con otro de Gloria Lopera (Calle, Lopera y Carvajal, 2020). (Nota editorial). https://co.boell.org/sites/default/files/2020-10/20201008_ideas%20verdes%2023%20digital%20web.pdf

Sostuve en ese escrito que la Corte Constitucional no tiene un *pensamiento ambiental*, así se acuda constantemente a la metáfora de *constitución verde o ecológica*, para referirse a la cantidad de normas relacionadas con el ambiente que están en la Constitución promulgada en 1991. Creo que la Corte *no tiene ese pensamiento ambiental* porque es difícil que este pueda colarse en los límites del discurso jurídico y moverse con propiedad por los cauces de los procedimientos judiciales. Unos y otros –los límites jurídicos del lenguaje y los cauces del procedimiento– *son formas que inciden en el contenido* y, si el derecho ambiental implica un pensamiento sistémico u holístico, como suele decirse, parece muy inapropiado el lenguaje jurídico para abordarlo. Por eso, en aquel homenaje, comenzaba con estas palabras del poeta indígena maya Humberto Ak-Abal:

*Si llevan agua, son ríos
Si no, son caminos.*

Retomo la idea de que la Corte no tiene ningún pensamiento ambiental, pero, agrego: sí es un actor muy importante en la defensa del ambiente, ¿a qué se debe, entonces, su protagonismo? Creo que al camino recorrido por algunos de sus magistrados y magistradas, y, principalmente, a las ideas que la sociedad civil llevó a esa Corte para su discusión. Estimo que en ninguna de las cabezas de los magistrados era posible comprender el alcance del litigio que se les presentaba, de los problemas sociales, culturales y ambientales, de las relaciones que configuran un territorio, de los derechos de las generaciones futuras o del concepto de desarrollo sostenible. Considero que esto escapa a sus posibilidades, a su formación y a la de muchos de nosotros. Sin embargo, la movilización ciudadana lleva estas demandas a las cortes, con las ideas que les permiten construir.

Por esa razón, yo siempre cito la frase de una excompañera de la Corte –Natalia Sandoval– que hizo su tesis de grado de maestría: *Movilizarse ante las cortes*. Creo que ese nombre guarda y refleja una paradoja muy importante: la movilización, la protesta ciudadana, la libertad de expresión y reunión llevan a las cortes a desplazarse de los límites que mencioné al comienzo. Es una movilización que puede romper, o al menos suavizar, las formalidades del discurso jurídico. En ese sentido, la Corte Constitucional no tiene un pensamiento ambiental, pero el camino de algunos magistrados y magistradas, a partir de algunas demandas ciudadanas, le han permitido romper o extender esos límites.

El segundo punto tiene que ver con la *implementación de sentencias*. Resulta que la Corte Constitucional ha creado figuras que no existían de manera obvia en el texto constitucional, con miras a la implementación de sus sentencias. Esto no significa que todas estas figuras sean exitosas, pero esa disposición sí abre un espacio para pensar en la imaginación jurídica y en la creación responsable de derecho, para la eficacia de las sentencias. Así, a partir de una frase muy sencilla, la Corte creó las sentencias estructurales, los estados de cosas inconstitucionales y también la modulación de efectos de sus sentencias. También, por esa vía, aumentó progresivamente el valor vinculante del precedente.

Las sentencias estructurales y las decisiones del estado de cosas inconstitucional surgen a partir de la frase: “la Corte Constitucional es la guardiana de la integridad y la supremacía de la Constitución”. Esta oración parece tener todos los elementos de vaguedad e indeterminación del lenguaje jurídico. ¿Qué es *ser guardián*? ¿Qué es *supremacía*? ¿Qué es *integridad*? Estas son palabras y conceptos supremamente amplios. Además, si uno lee ese artículo 241 de la Constitución, va seguido de una frase que dice: “en los precisos términos de este artículo”, de manera que parecía cerrarse la vaguedad y remitirnos a normas de competencia que son los numerales de este artículo. Pero, esta Corte, impulsada por esa legitimidad de la que les hablé al comienzo, no permite que le impidan desempeñar ese papel de guardiana y, sobre la base del principio de eficacia de los derechos fundamentales de normatividad de la Constitución

Política y del derecho a un recurso judicial efectivo, dice, palabras más, palabras menos, “de nada sirven las sentencias si no conllevan el goce efectivo de los derechos”.

Quisiera presentar dos comentarios en torno a dos figuras: la del *estado de cosas inconstitucional* y la de las *salas de seguimiento*. Surge el estado de cosas inconstitucional, una figura muy particular si se piensa en lo que significa *juzgar un estado de cosas*: no una acción, no una omisión, sino un estado de cosas; algo así como *lo que hay en el mundo*; si uno se va a términos lógicos, ¿cómo puede juzgarse lo que hay en el mundo? Además, un estado de cosas inconstitucional afecta a muchas personas. No hay, entonces, alguien que sostiene que han violado su derecho, sino que hay cien mil, ciento ochenta mil personas privadas de la libertad que lo dicen. Hay 8 millones de desplazados, según cifras oficiales, que lo dicen; o están, digamos, todos los pensionados por la Caja Nacional de Previsión, Cajanal, que no tienen un derecho derivado de su vida de trabajo. ¿Cómo puede un juez juzgar todo esto? Y, finalmente, no sirve dar una orden a alguien, pedirle plata al Ministerio de Hacienda, pedir que se construyan otras cárceles, ni declarar que hay hacinamiento. Nada de eso sirve porque se requiere que el Estado se mueva en su conjunto.

Entonces, el estado de cosas inconstitucional lo que hace es eso: le permite al juez hablar con el Estado en su conjunto a favor de comunidades y poblaciones muy amplias. Sin embargo, en la medida en que las órdenes deben darse de manera progresiva, para que puedan cumplirse en algún momento de la historia, estas decisiones carecen de eficacia inmediata, aunque lo que sí tienen es un efecto simbólico inmenso. Estructurar un discurso reivindicatorio de derechos sobre la base de un estado de cosas inconstitucional tiene un gran significado político en escenarios nacionales e internacionales, pero, aun así, las órdenes que puede dar el juez siempre se quedarán cojas.

Aunado a eso viene la creación de las *salas de seguimiento*. Lo que busca un juez constitucional no es decir “*esto fue culpa tuya (o tu responsabilidad)*” o “*aquí el error fue este o aquel*”. Más allá de quién tenga la responsabilidad, más allá de una reparación concreta, lo que debe lograr es una satisfacción de derechos. Y, en función de conseguir esa satisfacción, debe utilizar todas las herramientas posibles para crear remedios a situaciones especialmente graves. En ese marco es que surgen las salas de seguimiento.

Las salas de seguimiento contienen una idea central, que podría parafrasearse así: “*no voy a dejar que mi sentencia muera en el pronunciamiento judicial, no voy a permitir que sea un papel muerto*”. Sin embargo, siento que, aunque las salas surgen con esa idea de propiciar la eficacia de ampliar las herramientas del juez para propiciar la eficacia de los derechos, tales herramientas, en general, se concretan en la solicitud de informes y la celebración de audiencias. Estos mecanismos tuvieron importantes consecuencias en los primeros años. Piensen ustedes en todo lo que se conoció durante los primeros tres años que siguieron a la sentencia T-025 de 2004; se conoció mucho sobre el desplazamiento; y en cuánto se avanzó en programas de vivienda, de integración social para población desplazada, entre otros. Pero luego, si nos ubicamos 15 años después, resulta que los actores que participan del estado de cosas inconstitucional de desplazamiento aprendieron a desempeñar un papel: asistir a las audiencias, ponerse su máscara y repetir una y otra vez sus peticiones. Obviamente, no estoy hablando de las personas en situación de desplazamiento, sino de las autoridades del Ministerio, de las autoridades locales: cada tres, cada seis meses, van a decir lo que no han hecho; señalan los límites de sus planes políticos y, sobre todo, hablan de la falta de recursos económicos.

Pasado un período determinado, siento que el seguimiento pierde su razón de ser. Si el estado de cosas inconstitucional nunca se supera o no se supera al cabo de veinte años, pierde su carácter excepcional

y si pierde su carácter excepcional, deberíamos concluir que no sirve la herramienta que creamos para enfrentarlo. Quince años después, la sala de seguimiento comienza a tornarse ineficaz. Sin embargo, este es otro punto en el que la Corte ejerció una imaginación constitucional destinada a que los *pronunciamientos* no se cierren en el texto de una decisión.

Comienzo por mencionar, con ánimo de generar algo de *ruido* en este escenario, que las empresas son titulares de derechos, a pesar de que no tienen dignidad humana o a pesar de que es difícil imaginar que la tengan. Cuando la Corte dice que son titulares de derechos, y se oye como una afirmación escandalosa, parece fácil controlar el escándalo diciendo: “no: es que tienen derechos para que, así, las personas que las componen y hacen parte de ellas, tengan derechos”. En realidad, la construcción de la Corte va mucho más lejos. La Corte le da derechos al ente “empresa” en sí mismo, siempre que sean compatibles con su naturaleza y sus fines. Y en cambio, dentro de la misma Corte surgen las mayores discusiones cuando se habla de derechos de sujetos que parecerían mucho más afines a una idea como la dignidad. Recientemente, se han abierto debates intensos en torno a los derechos de los ríos, a los derechos de los animales y, más en la JEP que en la Corte, a los derechos del territorio.

Me voy a concentrar en ríos y animales. Primero, en torno a los ríos. Lo interesante en la construcción de los derechos de los ríos es, para mí, lo siguiente: hay un impulso a favor del reconocimiento de los derechos a los ríos, que viene inspirado en decisiones internacionales, principalmente de Nueva Zelanda y, eventualmente, también de discusiones latentes en Canadá y la India. Cuando la Corte Constitucional presentó su Sentencia T-622 de 2016 sobre el río Atrato, lo hizo sobre la base de un proceso participativo muy amplio de las comunidades étnicas aledañas al río y que sostienen, por lo tanto, relaciones con el río. Este es un punto importante, porque el litigio se encaminaba a pelear contra la afectación ambiental causada específicamente por la minería, por las dragas y los dragones¹⁸ que operan en el río Atrato. Pero, la Corte fue más allá y planteó un problema más amplio para dialogar con los ecosistemas: hablar sobre las relaciones ambientales y las relaciones de las comunidades.

Por lo tanto, la Corte dice que va a hablar desde una perspectiva que deja un poco de lado el antropocentrismo y se encamina hacia el ecocentrismo. No estoy seguro de que la Corte haya logrado esto en razón de que el río Atrato es protegido, principalmente, por su relación con comunidades y tengo la duda acerca de si el río hubiese sido protegido en ausencia de esas comunidades. Si la protección del río es una herramienta para defender a las comunidades, me parece algo valioso y me parece una buena forma de movilizar el litigio, pero decir que, entonces, la Corte es ecocéntrica sería exagerar un poco las cosas. Vemos una Corte preocupada por ecosistemas, que recupera la idea de derechos basados en la biodiversidad basada en teóricos de la India; sin embargo, no se encuentra tan presente el pensamiento de nuestros pueblos étnicos, específicamente, de aquellos pueblos aledaños al río Atrato, en torno a cómo pensar el derecho. Finalmente, la Corte dictó unas medidas amplias para la protección del río, pero siempre pensándolo en relación con las comunidades.

Ahora, quiero llamar la atención al *fundamento del derecho* y al modo en el que se crea este litigio. El fundamento del derecho son los ecosistemas y las relaciones socioambientales. El modo en que se crea el litigio es el movimiento de las comunidades. Pero, también es importante resaltar un aspecto del *remedio*, pues resulta clave en la decisión: la identificación de los representantes del río. Por medio de esa herramienta, la Corte identifica unas personas de las comunidades que serán guardianas del río; sin embargo, la elección de estas guardianas no contó con un proceso, por ejemplo, de consulta previa. De manera que, por un lado, la sentencia incorporó este otro gran avance: el río tendrá guardianes, tendrá voces y representantes. Pero, por otro, parece que la Corte no lo logra con toda la legitimidad que supondría un proceso consultivo con comunidades étnicas.

¹⁸Se denomina así a las dragas de gran tamaño, generalmente de origen brasilero, ingresadas ilegalmente a los territorios ribereños en Colombia.

En segundo lugar, está la decisión del río Cauca que toma un tribunal administrativo y en la decisión sobre el río Cauca los fundamentos de sus derechos tiene que ver con el respeto de los derechos de las generaciones futuras y con la importancia del agua que, en un momento lleva a ese tribunal a decir que debemos ser conscientes de que las guerras actuales son las guerras por el agua. Yo no sé qué tan válido es ese fundamento en un derecho fundamental: “¡ah, es que este derecho se basa en que las guerras de ahorita son por esta preocupación!”. Lo cierto es que esta sentencia se da en un escenario muy particular, en el que, al mismo tiempo que se reconocen los derechos del río Cauca, se conoce toda la situación de vulneración de derechos derivada de la Hidroeléctrica de Ituango y renacen los cuestionamientos asociados a hechos de violencia conocidos como las masacres del Aro e Ituango, ocurridas hace más de 25 años. Así las cosas, parece que lo que permitiría esta decisión es generar un contexto muy grande para el litigio por los derechos humanos y ambientales en torno al río Cauca, para pensar ese río en toda su amplísima dimensión y en las consecuencias que tendrá para otros problemas jurídicos relacionados con la paz y con las generaciones futuras. Sin embargo, en sus fundamentos, hay un contraste muy grande con la decisión del río Atrato. Mientras en relación con el Atrato se evidencia ese pensamiento en ecosistemas, con respecto al Cauca, el pensamiento se liga, más bien, al conflicto armado y al proceso de paz en curso.

Por último, viene la decisión de la Amazonía. En esa decisión, la Corte Suprema de Justicia (Sentencia 4360 del 5 de abril de 2018) tomó como base el tema de las generaciones futuras. Así, la protección de este territorio se asocia también al concepto de desarrollo sostenible y se constituye en un pilar para la protección ambiental. La sentencia debería ser un pilar fundamental para luchar contra la deforestación y para proteger los ciclos de agua en la Amazonía. Sin embargo, desde el punto de vista del litigio, hay algo que me causa cierta perplejidad. Para superar los problemas de legitimidad en la acción de tutela (capacidad para actuar), se presentó como tutelante a un conjunto de niños y niñas con una expectativa de vida de 79 años, aproximadamente. Son estas las *generaciones futuras* en esa sentencia judicial. Sinceramente, creo que la idea de generaciones futuras trasciende la idea de los niños de hoy que serán adultos mañana; pero, además, la expectativa de vida de los niños evidencia que no son personas que hagan parte de las comunidades que habitan el Amazonas. No quisiera plantear acá que el modo en que se conformó el litigio es incorrecto; solo quisiera decir que, una vez más, hizo falta más involucramiento de las comunidades locales (de su conocimiento) y que ese modo de enfrentar un problema procedimental terminó por marcar también el curso de la decisión.

Paso a hablar de los derechos de los animales. El reconocimiento de derechos de los animales es, para mí, un espacio clave en la imaginación constitucional. Creo que los jueces no tienen herramientas adecuadas para pensar en los animales y, entonces, empiezan a explorar y a chocar contra las paredes de sus discursos jurídicos y de los procedimientos. En esa lucha encuentran razones: una razón es que los animales sienten, pero, ¿estamos seguros de que todos sienten? Y, ¿sabemos qué es sentir? Una segunda razón es que hacen parte de los ecosistemas. Pero, ¿qué pasa si hay un animal que afecta al ecosistema como los hipopótamos de Pablo Escobar? Luego, la Corte piensa que la propiedad en Colombia tiene una función ecológica, piensa que es digno que el ser humano trate dignamente a los animales; entretanto, otros autores hablan de una ética del cuidado diferente a la ética individualista de la autonomía que caracteriza el pensamiento kantiano y unos más nos proponen pensar en los animales como “*yoes vulnerables*” o “*yo vulnerable*” y nos proponen que, detrás de los ojos de un animal, podemos ver una vulnerabilidad que requeriría un tratamiento de la justicia. Este pensamiento y esta imaginación constitucional es necesaria, si queremos que los animales dejen de ser los huérfanos de la izquierda, como alguna vez dijo Will Kymlicka, o, con mayor precisión, los *huérfanos de la justicia*.

Vuelvo entonces a aquel homenaje a la ex magistrada María Victoria Calle, sobre el que les hablé al comienzo, y acerca de cómo su pensamiento se movió en el tiempo, a partir de las demandas ciudadanas y de una capacidad para la imaginación constitucional. Ella misma comenzó sus votos en las discusiones sobre animales proponiendo una eliminación progresiva del toreo, para respetar la confianza legítima de quienes hacen parte del mismo; pero, pronto presentó posiciones más fuertes; argumentó que si de acuerdo con la posición mayoritaria de la Corte la protección a la fauna y el trato digno de los animales integran nuestra constitución ecológica, entonces, son aplicables los mandatos del derecho ambiental que permiten a los municipios avanzar más que el legislador, como, por ejemplo, el *rigor subsidiario*; propuso, al analizar la ley que prohíbe el uso de animales en circos, que, si bien hay muchas discusiones pendientes, ya tenemos suficiente información para declarar la existencia del derecho de los animales a no sufrir maltrato injustificado; y defendió con firmeza el uso de las consultas populares para erradicar las prácticas de maltrato ancladas en determinadas tradiciones.

Al pensar en ese movimiento del pensamiento de María Victoria y en la constante ampliación de los horizontes; al pensar en los sujetos que requieren de la justicia, recuerdo una afirmación de Ludwig Wittgenstein, el famoso lógico, hablando en esta ocasión sobre la ética. Él dice que el pensamiento ético no se puede explicar teóricamente y que tiene que ver con el asombro por el mundo, con el intento por comprenderlo o con sucumbir en ese intento y dice que esta es una tendencia humana inevitable por la que profesa un profundo respeto: “este pensamiento ético consiste en arremeter contra las paredes de nuestra jaula y es perfecta y absolutamente desesperanzado”.

Creo que movilizarse ante las cortes es un intento irrenunciable por arremeter contra las paredes de nuestra jaula construidas con el lenguaje jurídico y los procedimientos. Creo que la historia que les cuento muestra cómo las cortes no hablan si no es por la movilización de la ciudadanía ante ellas y solo esa movilización puede extender su imaginación. Esa imaginación que aún no nos permite, en relación con los animales, tener una construcción sólida de sus derechos (no a la Corte, por el momento). No nos permite pensar, por ejemplo, en quiénes son las voces de los animales, cuáles deben ser sus mecanismos de protección y cuáles las acciones judiciales para enfrentar la defensa de sus derechos.

Por eso también termino con un “*llamado a la acción*”. Recuerdo la jurisprudencia de Carlos Bernal Pulido que, recién llegado a la Corte, decidió desmontar derechos. Y conozco cómo la opinión de la academia, en defensa de la jurisprudencia pasada, llevó a que tuviera que retirar buena parte de sus tesis, disfrazadas de test, pero, en realidad, destinadas a desmontar las construcciones del pasado.

El último llamado a la acción es este: el Concejo de Bogotá lanza el acuerdo para eliminar el sufrimiento de los toros en las corridas en Bogotá y parte de los taurinos han demandado ese acuerdo. Creo que es una buena idea plantear un litigio en defensa de ese acuerdo, que es el que mejor interpreta las mejores decisiones de la Corte Constitucional en materia de animales.

IMPLEMENTACIÓN DE SENTENCIAS, DESAFÍOS DEL LITIGIO ESTRATÉGICO Y PERSPECTIVAS DE GÉNERO

Diana Murcia¹⁹

Hablo desde mi experiencia en el trabajo de monitoreo de los derechos humanos en contextos extractivos. Parte de esa experiencia tiene que ver con la situación de las mujeres, sus liderazgos, retos y aportes a la experiencia biocultural de las comunidades. A continuación, esbozaré algunos hallazgos sobre la cuestión.

Las mujeres permanecemos en muchísimos casos en un estado de subordinación, cuando no de discriminación. En nuestro caso, es ostensible la desigualdad en el disfrute de derechos y las dificultades que enfrentamos en la defensa del territorio, en particular, por el déficit de acceso a la propiedad rural. Esto implica que, en muchos escenarios, las negociaciones sobre el uso del territorio las hacen los hombres con el Estado y las empresas y la influencia de las mujeres es mínima en esas decisiones que van a impactar el territorio físico y sus expresiones bioculturales.

Dicha situación se refleja en el escenario agroalimentario. En un informe publicado en 2000 de la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres se lee el siguiente fragmento:

el fomento de los cultivos comerciales tiene efectos negativos en las vidas de las mujeres, pues está concebido para los hombres y no tienen en cuenta en absoluto la función de la mujer en la producción agrícola, pues se reconoce al marido, como propietario de la tierra. Además, solo los hombres tienen acceso a los créditos necesarios para comprar fertilizantes o nuevas variedades de semillas.

Ahí nos damos cuenta lo difícil que es, particularmente, la situación de las mujeres en los grupos comunitarios rurales que están en contextos de explotación empresarial de recursos. Por fortuna, para equilibrar la cuestión, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha construido estándares, muchísimos más de los que se conocen, en instrumentos como la Declaración de Río, el Programa o Agenda 21, en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) o en la tarea interpretativa del Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, que, por cierto, tiene una observación general sobre las mujeres rurales –Observación No. 34-.

Ahora bien, cuando se quiere estudiar el rol de las mujeres en casos judiciales, se observan unos litigios muy interesantes. Uno de ellos es el caso de Máxima Acuña, en Perú, en el contexto del proyecto minero Yanacocha. En él, la empresa se activa en contra de un núcleo familiar, que habita la zona y no ha querido dejar el territorio, cuando ya todos los demás se fueron. Este es un litigio excepcional porque la figura de *lucha inquebrantable* es femenina: se trata de Máxima, acompañada por una mujer abogada también, Mirtha Vásquez (ahora miembro del Congreso peruano), y ha trascendido por esa connotación de David contra Goliat.

Aunque es un caso en el que se observan todo el poder del Estado con sus arremetidas violentas en la propiedad de Máxima y el poder jurídico de la empresa transnacional, es muy raro este tipo de casos en el que encontramos a una defensora, individualmente considerada, en resistencia frente a un megaproyecto.

¹⁹Abogada y profesora de la Universidad El Bosque

Otro caso muy interesante y no común es el de las madres del barrio Ituzaingó, en Argentina. Se relaciona con los impactos de las fumigaciones de soja transgénica en poblaciones aledañas a las plantaciones. Quien oficiaba como secretaria del centro de salud empezó a darse cuenta de que la mayoría de las citas que tenía que agendar en su barrio eran para tratamientos por cáncer, a veces, para varios miembros de una misma familia. Entonces, las mujeres, que se caracterizaron como madres de las personas enfermas además, en el contexto argentino, donde la figura de las madres y las abuelas de la Plaza de Mayo es tan significativo, se activaron para hacer un litigio, el de las madres del barrio Ituzaingó.

Debe tenerse en cuenta que la industria sojera en Argentina no está en debate. Tienen más de 20 millones de hectáreas sembradas, lo que representa una influencia notable de las empresas en la política y la economía del país. El juicio por los impactos de las aspersiones terminó reducido a una causa penal contra el agricultor y el piloto de la avioneta, lo que deja a la industria general, incólume.

Es en contextos comunitarios mixtos en los que las mujeres están comúnmente instaladas luchando por derechos humanos ambientales y territoriales, por fuera de reivindicaciones propiamente feministas; pero sí, exhibiendo una ética del cuidado desde la perspectiva de las mujeres. El gran ejemplo de ello es Bertha Cáceres, a quien se le reconoce internacionalmente por su lucha en contra de un proyecto hidroeléctrico, Agua Zarca. Era una figura indígena y comunitaria que reivindicaba autonomías comunitarias, denunciaba la pérdida del estado de derecho a partir de la ruptura constitucional que tuvo lugar con el golpe de Estado en Honduras y la feria de concesiones de todo tipo, que estaban afectando a las comunidades, la naturaleza y la democracia en el país.

Cuando se resalta la figura de Bertha, tiende a considerársele individualmente, como si las organizaciones y personas que trabajaban con ella no hubieran formado parte de la historia de la lucha por la dignidad que ella libró en su país y que, en su trasegar, diseminó en otros países. Su lucha era parte de un proceso comunitario para debatir democráticamente la pertinencia ambiental y social de los más de 300 proyectos hidroeléctricos que están diseñándose en el país y sobre la militarización y la impunidad asociadas.

Casos como el de Máxima o el de las madres del barrio Ituzaingó son muy localizados y los actores son fácilmente identificables. Por lo tanto, y a pesar de sus dificultades, no ofrecen complejidad. Pero, escenarios como los que enfrentó Bertha se traducen en litigios imposibles. Son imposibles porque involucran un entramado de relaciones, intereses, agentes públicos y privados que están en un territorio nacional amalgamados y blindados por una corrupción estructural en una red de múltiples proyectos de desarrollo. Ante tal circunstancia, no alcanza el derecho, lo judicial. Deben ponerse en marcha repertorios de movilización jurídica, social y política para, siquiera, zarandear el andamiaje tan bien estructurado.

Pero también hay otras situaciones en las que la figura de las mujeres trasciende en estos contextos. La utilización de cuestiones de género o, mejor, de asuntos relativos de mujeres y niñas en forma perversa, también ocurre en la región. Y suceden en la forma de irrupción de espacios familiares y comunitarios por parte de programas sociales impulsados por las empresas; en estos, la noción de emprendimientos busca dar tránsito a las formas tradicionales de vida, a las que tildan de ineficientes o anacrónicas; pero, esa utilización se da también en casos en los que se instrumentaliza a las mujeres y niñas para evitar la participación de comunidades y líderes en los asuntos públicos.

Sobre lo anterior, hay un par de antecedentes muy preocupantes en Ecuador. Aquí, se ha acusado a líderes comunitarios hombres que están en la lucha contra proyectos forestales y petroleros de violar a niñas. Se les ha condenado judicialmente a varios años de cárcel, de manera que, además de quitarles su libertad, se acaba con su credibilidad social y, muy beneficiosamente para las empresas, se aplasta

así la movilización social existente. La violencia contra las mujeres y las niñas debe tomarse en serio, pero cuando leí los dos procesos, vi fuertes indicios de la existencia de montajes judiciales orientados a neutralizar a los líderes.

La estrategia es muy efectiva: nadie está dispuesto a defender a estos líderes so pena de quedar atrapados en los debates sobre violencia sexual contra las niñas. Una duda razonable en favor del defensor es políticamente incorrecta, no hay protocolo de actuación frente un caso como estos. Así que, en determinados contextos, los actores que están detrás de estos montajes aprenden sobre formas “definitivas” de aplastar las resistencias: homicidios, cárcel o imputaciones como estas.

Hay otra dimensión que involucra a las mujeres: el estado de cosas sobre quienes litigamos o acompañamos los casos. Las mujeres abogadas enfrentamos estructuras patriarcales que nos confinan a la invisibilidad. Los colegas hombres silencian o se apropian de nuestras ideas, iniciativas y logros y todo ello se publicita como si fuera suyo o de manera más anónima: de las organizaciones en abstracto.

He conocido a muchas colegas mujeres que acompañan procesos con formas especiales de cuidado, no únicamente de cada caso, sino de la misma víctima. Su acompañamiento es más cercano, menos productivista –algunos colegas hombres que he conocido evitan tener cercanía con sus representados porque consideran que se *pierde el tiempo*–. Su desempeño, además, está menos enfocado en la publicidad del caso y de sus avances y más en su desarrollo jurídico y las alianzas necesarias para conseguir un resultado favorable.

Pero, sucede que mientras más alto sea el nivel o el perfil internacional de la organización que acompaña un caso, esta tiene más presión para convertirlo en un objeto de marketing, en un producto que debe vender una imagen de éxito de la intervención. Por eso, hay tanta fricción entre abogados y abogadas locales y los internacionales y, en no pocas ocasiones, acusaciones de una suplantación de las aspiraciones locales por los logros estandarizados que permiten atraer más financiación internacional. Cuando el caso se convierte en producto, las alianzas pierden espontaneidad, porque, “este caso es mío”, o “aquí se alegra esto y esto no”. Las agendas no se mueven conforme a las necesidades de las comunidades o de los litigios nacionales, sino sobre la base de la agenda de afuera. En este entramado, las abogadas enfrentan no solo la discriminación de sus colegas y el trato de las propias comunidades que las ven como secretarías de otros abogados más importantes y hombres, sino, también, esos esquemas de colaboración internacional, de modo que se convierten en “problemáticas” en diálogos multinivel, o menos atractivas.

Los litigios exigen mucho cuidado por muchas razones. En primer lugar, al escoger la jurisdicción: ¿por cuál camino me voy a pelear un caso? Algunas personas elijen la vía penal, pero las empresas traducen los logros de las comunidades en este campo, por lo general, como causados por el uso errado de sus tecnologías (como en el caso de Ituizangó). Otras claman por la vía constitucional, con la se logran declaraciones muy buenas, pero que después deben ser ejecutadas por otros jueces o autoridades y en muchos países, los tribunales constitucionales se desentienden de los casos una vez ordenan las medidas. Entonces, la gente debe entrar en nuevos litigios para su cumplimiento.

Actualmente, hay tentación por llevar los casos ambientales ante tribunales ambientales especializados, en particular, luego de la aprobación del Acuerdo de Escazú en varios países. Pero, esta jurisdicción ofrece dudas, pues casos como el chileno, en el que estos tribunales especializados ya operan, no han hecho sino volver más difícil el debate probatorio para los afectados.

El mejor escenario será aquel en el que los temas técnico-científicos tengan tanta relevancia como los



factores sociales; es decir, donde lo biocultural sea tenido en cuenta. Cuando se ven en forma separada unos y otros temas, no se alcanza la justicia ambiental. Un ejemplo de esto es el *principio de precaución*. Si aplicáramos más el principio de precaución, tendríamos menos necesidades de pruebas técnicas. Pero, se interpreta restrictivamente el principio, de manera que dependemos más de la prueba técnica y del nexo causal y nos alejamos absolutamente de los impactos sociales.

También está el tema de la consideración del *sujeto pasivo*. Esta apuesta se dirige a enjuiciar al actor privado, o a los actores que están encargados, desde la función pública, a hacer la gestión y el control de las operaciones. ¿Cuáles normas y estándares tomamos? Afortunadamente, en este momento hay normas que ya se están estableciendo, ya los principales organismos internacionales de derechos humanos admiten y promueven la idea de un derecho humano al medio ambiente –que no teníamos hace algunos años–. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas está declarando la responsabilidad de los Estados en razón a la violación del derecho a la vida por contaminantes ambientales. Esto sucedió en el caso de las fumigaciones de monocultivos en Paraguay, que terminó con la muerte de un campesino. Este caso fue muy interesante porque lo que le dijo el Comité al Estado fue: “usted no puede seguirse defendiendo de que no ha causado impactos ambientales, o de que no existe un nexo ambiental porque no existe prueba, simplemente porque es que usted debió haber generado la prueba y no lo hizo”. Esa es una excelente respuesta que sólo puede salir de un tribunal de derechos humanos.

Sobre estos avances, es fundamental hacer clínicas jurídicas por regiones. Es similar a cuando nos invitan a los colombianos a otro país y nos dicen: “bueno, cuéntenos cómo han hecho en Colombia para lograr tantas cosas” y uno les habla de la tutela, del derecho de petición, de una cantidad de cosas que no se pueden traducir al sistema jurídico de otro país, porque en ese otro país existirán nominalmente esos derechos o esos mecanismos, pero no se usan o se hacen justiciables de otras maneras. Entonces, me parece muy bien que estén pensando en estrategias contextualizadas.

Las expectativas en un litigio de estas características, deben ser medidas. Si se tienen demasiadas expectativas en la respuesta judicial, se está condenando a las organizaciones y a las comunidades al desencanto y a la inmovilización, pues se quedan esperando lo que dice un juez y, mientras tanto, los proyectos avanzan a puntos de no retorno.

Finalmente, me gustaría abordar las siguientes preguntas: ¿qué es lo que uno quiere? Y, ¿qué es lo que uno piensa que puede lograr mediante el litigio? Y esto es algo muy importante, porque siento que ha habido inflación, en determinados contextos como el colombiano, de las expectativas sobre lo que se puede lograr a través de los tribunales. Y eso realmente es muy problemático, por el efecto comunitario. Dejemos el efecto legal - político y metámonos en el contexto de una organización que lleva diez años, veinte años, esperando a que hasta la última instancia judicial se agote, para logra que haya justicia. Pero han pasado por tantas cosas y demás, que al final, al esperar esa sentencia, si la sentencia no alcanza a cumplir con todas las expectativas, pues hay una decepción absoluta. Y esa decepción comunitaria, es muy difícil de superar y es un carburante seguro para que lo comunitario se rompa más.

Entonces – yo creo– que uno tiene que reflexionar: ¿qué es lo que puedo lograr, qué es posible hacer a través de un litigio de ese tipo? Con esa pregunta uno fija objetivos razonables, lograr información que nunca pudo obtener de otra manera, prevenir que se adopte una medida, lograr que se adopten acciones de mitigación fuertes y genuinas en un proyecto, asegurar una fiscalización o control más robusto, lograr una sanción a un actor determinado, conseguir una restauración ambiental y una reparación comunitaria; o para que haya, por ejemplo, un efecto más global en el escenario y se produzca una adecuación normativa. Con esas metas claras, es más fácil determinar cuánto tiempo toman los juicios y por qué hay que esperar, y qué se puede lograr de otras maneras.

El mayor error consiste en pensar que el litigio te va a resolver todo al mismo tiempo, eso es un error –que me parece muy común y que daña a las comunidades–. El ejemplo clásico es el litigio porque un pueblo étnico sea consultado. Aunque las consultas previas hayan sido creadas como un derecho de participación, se terminan convirtiendo en un escenario que facilita las explotaciones y debilita a las comunidades, despojándolas de su mayor fortaleza: la autodeterminación.

Cuando los U'wa dijeron “no vamos a explotar la sangre de la madre tierra”, es decir, no vamos a consentir la extracción de petróleo, se les sometió a diferentes formas de presión, incluida la consulta, y al final terminaron sacando esa sangre y entregando al pueblo los beneficios de esa actividad. Si uno lo piensa bien, la violencia epistémica es absoluta. Pero un entramado de organizaciones nacionales e internacionales promocionó durante mucho tiempo la consulta como la panacea para garantizar los derechos de los pueblos indígenas. Mucho daño ha causado este enfoque equivocado que nunca se corrigió, porque el debate entre niveles es de muy baja calidad, y de menor sinceridad todavía.

En suma, para planear un litigio, falta tener más sentido común que saber de leyes, tener más consideraciones por las comunidades que compromisos con financiadores, e involucrar la mirada de las mujeres, así seamos críticas o rompamos esos consensos tácitos que poco ayudan.

DEFENSA JURÍDICA Y POLÍTICA DEL TERRITORIO

Dora Lucy Arias²⁰

Trabajo con una comunidad indígena y desarrollo una investigación para América Latina sobre el uso, en la región, de los conceptos de *utilidad pública e interés general*. Me centraré en tres aspectos generales. En primer lugar, lo que implica el derecho en una disputa territorial en contextos como el latinoamericano; en segundo lugar, lo que implica el ejercicio del derecho en contextos de democracias incompletas y, por último, la representación jurídica para la superación de las asimetrías de poder involucradas en los conflictos socioambientales.

Lo primero que me interesa decir es que las disputas territoriales son disputas en las que el derecho no tiene la capacidad de resolver, por sí solo, los problemas que se abordan en ellas. Precisamente, la razón por la que no he podido estar antes con ustedes es que estábamos, mis jefes, la comunidad *Cañamo-Loma Prieta*, y yo, examinando qué hacer con una sentencia que tiene cuatro años de existir, que reconoce una lucha de cuatro siglos –porque tiene que ver con unas disputas por el control territorial, desde 1540–, unos títulos reconocidos en 1617 y una sentencia de la Corte Constitucional que dice que “la comunidad es dueña de ese territorio”. Pero, paradójicamente, cuando llega la sentencia, se exagera todo tipo de conflictos. Y el Estado emplea los mecanismos que tiene a su alcance, tanto políticos, como jurídicos y mediáticos, más el ejercicio de la fuerza, para evitar el cumplimiento de esta sentencia. Uno podría pensar que la sentencia es, obviamente, un logro –y ella, la comunidad, lo considera así–: un logro, en el sentido de que da tiempo para organizarse y la legitimidad de que esta lucha de cuatro siglos no ha sido en vano.

Pero, ¿ha entregado derechos?: no. ¿Ha exacerbado los problemas?: sí. La pregunta que nos hacíamos esta mañana es: “bueno, ¿qué hacer?” Pues, necesitamos que esa sentencia se implemente; tenemos reuniones con la Procuraduría, la Agencia Nacional de Tierras (ANT), con el Ministerio de Minas y Energía y con todas las instituciones del más alto nivel. Pero, la respuesta institucional es una interpretación perversa del contenido de la sentencia. Incluso, desconoce lo que la afirmaron la misma Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en la Sentencia Lakha Honat, absolutamente similar a la que estamos mencionando) sobre los derechos de los pueblos indígenas. Ahí, nos encontramos con estos límites del derecho, en sentencias concretas, que concretan derechos, pero que no logran –evidentemente– resolver una conflictividad.

Aquí se ve claramente la distancia entre las narrativas sobre el territorio, que es uno, pero en disputa entre quienes lo ven como un espacio de vida, de sueños e historias compartidas y planes de vida, y quienes lo ven como un espacio para el saqueo y la explotación. Esa disputa territorial, que también es una disputa sobre la interpretación del derecho, se desenvuelve en una narrativa que se decanta en el debate probatorio, por ejemplo. Las pruebas evidencian que hay una narrativa de quienes viven ahí sobre cuáles son los daños que se están ocasionando en el territorio y otra de quienes determinan, de manera claramente asimétrica, qué es lo que están dispuestos a reconocer como un daño y que terminan apoyando la implementación de proyectos extractivos como la minería (Villanueva, 2019).

²⁰Abogada independiente.



Debe decirse que existe una alianza notable entre el empresariado y el Estado para imponer una narrativa: La utilidad pública y el interés general son sinónimo de no generación de daños, o, por lo menos, control de daños y compensación. En ese sentido, el diálogo es muy difícil, pues se genera una expectativa y demasiadas posibilidades en el ámbito jurídico para explicar lo que no tiene cómo explicarse.

Siempre recuerdo algo que vi en una comunidad de Cajamarca, en Perú. Después de escuchar durante dos horas a uno de los técnicos de la mina diciendo que el agua no estaba contaminada porque los diferentes exámenes así determinaban, un campesino que estaba en la audiencia le dijo: “usted parece muy inteligente, parece decir la verdad, dice cosas como muy importantes: yo no le entendí, pero, acompañeme y le explica eso a mi burro, porque mi burro es el que no se quiere tomar el agua”.

Entonces, emerge la pregunta: ¿cuáles son los elementos que están interviniendo en la construcción de estas verdades científicas, alrededor de los territorios? Claramente, ya se ha dicho que hay conocimientos subordinados, como los de las comunidades, que no se tienen en cuenta. Pero más allá de eso, hay una exagerada confianza en los conocimientos técnico-científicos y se legitiman unos conocimientos que están por fuera de las democracias. Por ejemplo, frente a lo que estamos consumiendo y lo que se está probando, en relación con transgénicos, ¿eso quién lo definió? Ninguno de los que estamos acá, ni ninguno de los que está en el país, seguramente, consumiendo eso y afectándonos por unos alimentos poco seguros; lo definieron personas, quizá de otros países, que dijeron en un momento: “se puede consumir”, pero no hace parte del debate democrático y hace parte, sí, de una excesiva confianza y legitimación a los hallazgos científicos, que tampoco son neutrales. En resumen, las disputas territoriales se trasladan al ámbito del derecho, imbricado en un conjunto de disputas por el conocimiento, por la palabra y por el territorio.

El segundo elemento al que quería aludir, es al de los contextos de democracias incompletas y abusos de poder, sin respuestas. Lo que da el uso del derecho es tiempo y legitimidad, pero no justicia. En ese sentido, no conozco una sentencia exitosa y no la conozco porque ninguna resuelve el problema de fondo y tampoco lo resuelve de manera durable, en perspectiva exclusiva del derecho, porque siempre se da en contextos mucho más integrales, de disputas territoriales y que involucran una serie de factores que desbordan el derecho. Al respecto, es muy importante tener en cuenta aspectos que las comunidades se plantean, como el que escuché esta mañana, justo; la comunidad con la que estaba decía: “en viaje largo, el camino es despacio; si se hace rápido, se cansa rápido”. Yo decía: “no entiendo eso”, pero, claro, ahora comprendo: “las ganancias se dan paso a paso”.

En un ejercicio que hice alguna vez en La Guajira, estábamos con la abogada indígena, hoy comisionada de la verdad, Patricia Tobón, frente al desvío del río Ranchería y nos decíamos: ¿“qué hacer”? La comunidad nos pidió a nosotras que la acompañáramos en esta reflexión sobre la consulta previa; y la acompañamos, con la absoluta convicción de que lo que había que pelear era la consulta para esa comunidad en relación con el río, dado que era la última de 113 comunidades ya consultadas que habían dado su visto bueno y esta comunidad quería, antes de plantear su perspectiva, conocer primero qué era eso de la consulta. Duramos cuatro meses, hasta muy largas horas de la noche, debatiendo con sus integrantes, analizando qué es la consulta, de dónde surge, quiénes la aplican, cuál es el procedimiento. Y, a la par, nosotras afanadas, estábamos haciendo la acción jurídica, sobre el derecho a la consulta previa, con la convicción de que estábamos avanzando.

En la reunión de asamblea, en la que se definió que íbamos a hacer la acción jurídica, preguntamos a quienes asistieron: ¿vamos a hacer la demanda? Dijeron: “sí” ¿La vamos a hacer sobre consulta previa? La

comunidad dijo: “no”. Nosotras contestamos: “si es de lo único que sabemos, lo de la consulta”. Y la gente argumentó: “pero, ¿cómo no van a entender ustedes, que después de cuatro meses de haber estado reuniéndonos, queda claro que la consulta no es la solución! Ellos [la empresa, las instituciones] son los que necesitan la consulta, no nosotros”.

Para mí, ese momento fue realmente impresionante. Fue un cambio de paradigma, porque la comunidad decía: “no queremos la consulta”, mientras la recomendación jurídica que yo le iba a hacer es que esa era la vía, –de hecho, Patricia y yo ya teníamos preparada la acción–. Le preguntamos: “pero, entonces, qué vamos a pelear” y quienes estaban allí dijeron: “que no se desvíe el río, que no se rompa el río”. Quedó claro que entendían que la acción jurídica no debía generar un escenario de mayor fortaleza para los actores que querían imponer el megaproyecto. A partir de eso, se crearon debates y se nos decía: “no pueden decirle que no a la consulta, porque con los indígenas Awá, el Consejo de Estado dijo que no se puede renunciar a un derecho”.

Lo que decidimos argumentar a la comunidad es que no había que renunciar al derecho, sino entender dónde estaba el problema; lo que sucedía era que el contenido de la consulta que quería imponérselos era una trampa; y que iniciarían una fase de consulta autónoma. Y eso demora tiempo e implica formas y espacios diferentes a los que usted, Estado, y usted, empresa, están acostumbrados. ¿Qué nos permitió esa estrategia? Ganar tiempo para que la gente que vivía alrededor del cauce de río entendiera que el río es un cuerpo, que desviarlo es cortarlo, es impedir su flujo. Y garantizar que la gente, tomando conciencia, defendiera, junto con el río, una habitabilidad compartida. En esta experiencia, ¿qué se ganó con el derecho? Tiempo, legitimidad y la constatación de lo que la comunidad ya tenía muy claro.

Tercer y último elemento: la representación jurídica como un mal necesario que exige una constante autocrítica. Hay contextos de profundas asimetrías y abusos de poder que no se circunscriben a la relación del Estado y la empresa con las comunidades, sino que también ocurren en las propias representaciones de las comunidades, tanto dentro de ellas, como en alianzas para lo jurídico. En los mismos ejercicios de construcción con las comunidades, lo que he podido constatar es que en estos contextos, la representación jurídica es un mal necesario; se requiere una representación, pero puede ser problemática si no se hace una constante autocrítica relacionada con el impacto de esa relación y de esas asimetrías que siempre están presentes.

El asunto es que se trata de una excesiva representación y un gran poder que se da a otros para que decidan por nosotros y por nosotras. Ahí se socava el poder de quienes, al fin y al cabo, van a permanecer en esa lucha que trasciende generaciones, incluso, el de los que están vivos. El ejercicio de representación requeriría un constante examen, indagar si se está socavando, o fortaleciendo el poder dentro de las comunidades, que es el que, al fin y al cabo, va a permitirles librar la lucha por el territorio, sus derechos, el ambiente.

En ese sentido, termino con tres conclusiones. ¿Cómo se podría caminar hacia cambios concretos? Un cambio concreto no es que no haya una sentencia, ni que un juez diga que tenemos derecho a un recurso; un cambio concreto es que la vida de la gente cambie, realmente. Uno debe hacerse ese examen de la representación, tanto social como jurídica, de relación entre el litigio y el cumplimiento de las sentencias.

Otra conclusión es que un litigio estratégico puede ser un *no hacer* litigio. Siempre creemos que litigio estratégico es que tenemos que llegar a una sentencia que lo dice todo; pero, puede pasar lo que les

comenté inicialmente: que se subvierta la lógica y que, al contrario, quede con más poder el Estado para seguir oprimiendo con mayores razones. Si eso no se logra cambiar, el litigio no es exitoso y, en consecuencia, el litigio que no se hace, resulta ser el más estratégico.

Por último, es importante entender que este tipo de implementaciones de sentencias, como interpelan el poder, como interpelan relaciones ya establecidas, deben también convocar a quienes se benefician e intervienen en todo este engranaje. Acá se incluyen países que están almorzando con la alacena ajena. Y ahí, la relación de las sentencias es muy importante, para involucrar las voluntades de los países que se benefician con las materias primas que extraen.

CONCLUSIONES DEL TALLER LITIGIO EN DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS: ASIMETRÍAS, ESTRATEGIAS Y POSIBILIDADES

Hubo cuatro conclusiones centrales en este tercer taller:

- » La necesidad de establecer mecanismos y estrategias comunicacionales
- » La necesidad de consolidar mecanismos de intercambio de experiencias y saberes
- » La necesidad de integrar estrategias de incidencia internacional
- » La necesidad de generar espacios de debate sobre lo que significan las estrategias de litigio estratégico para enfrentar la creciente criminalización de personas defensoras y los proyectos empresariales que la acompañan

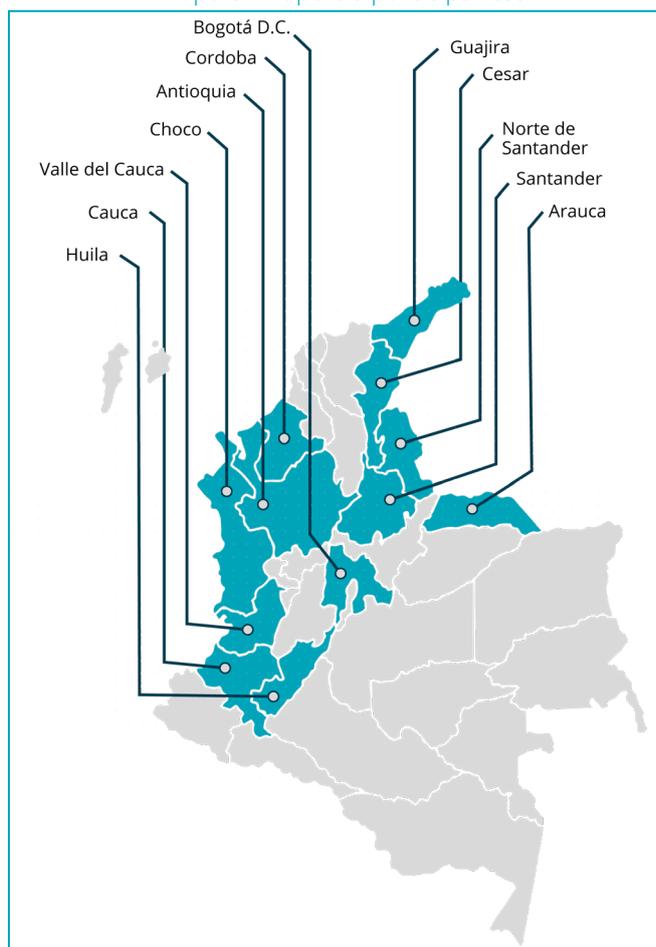
Las personas defensoras de derechos humanos piden articularse mejor para hacer frente en forma más efectiva a los ataques provenientes de las empresas. De manera concreta, propusieron crear una red de litigio estratégico regional, de abogadas, abogados y organizaciones con experiencia, orientada a fortalecer procesos de defensa, litigio y contrademanda, así como para cambiar narrativas en la región.

Harán parte de la red quienes estén asistiendo y acompañando a personas y comunidades afectadas en sus procesos legales y que, a su vez, participan en procesos y redes de litigio estratégico nacionales y de otras agendas de derechos humanos vinculadas, como defensa del territorio, ambiente, pueblos indígenas, entre otros.

Las estrategias de comunicación son imprescindibles para dar mayor alcance a los litigios, pues garantizan que esto también pueda contribuir en la formación de una cultura política abierta a las discrepancias. Además, son una herramienta esencial para contrarrestar las tácticas de difamación. Por último, permiten llevar al espacio de debate público, el trasfondo de los reclamos judiciales, dando relevancia a problemáticas locales que suelen ser soslayadas, en una cultura legal en la que los actores que concentran poder obedecen las leyes sólo cuando son favorables a sus intereses, incluso en contra de las evidencias.

Por último, una red de litigio estratégico debe incluir nuevos enfoques en relación con el cambio climático, el género y la diversidad cultural, así como con la posibilidad de articularse y fortalecer el trabajo de proceso de mayor alcance como la Mesa Nacional de Organizaciones de la Sociedad Civil, integrando académicos y expertos que, además de fortalecer la obtención de acervos probatorios y pruebas técnicas, contribuyan en la formación política de las organizaciones.

Mapa 3. Mapa de participantes



Fuente: Elaboración Propia

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilera, M. (2016, agosto). Serranía del Perijá: geografía, capital humano, economía y medio ambiente: *Revista del Banco de la República*, 89, 1066. 17-99.
- Arbeláez, N. y Pacheco-Girón, A. (2020, 31 de julio). Los bancos no han pagado con la misma moneda frente a la covid. La Silla Vacía. Consultado en <https://lasillavacia.com/silla-academica/universidad-externado-colombia/los-bancos-no-han-pagado-misma-moneda-frente-covid>
- Calle, MV., Lopera, G. y Carvajal, C. (2020, septiembre). El vínculo indisoluble entre democracia y derechos ambientales. *Ideas Verdes*, 23. Consultado en <https://co.boell.org/sites/default/files/2020-10/ideas%20verdes%2023%20digital-.pdf>
- Carvajal, C. (2020). Dos modos de caminar el ambiente. En Calle, Lopera y Carvajal (2020).
- Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos, CIEDH. (2019a, 8 de enero). *Colombia: Por detrimento patrimonial de Saludcoop y Cafesalud, el derecho a la salud se ve afectado*. Consultado en <https://www.business-humanrights.org/es/%C3%BAltimas-noticias/colombia-por-detrimento-patrimonial-de-saludcoop-y-cafesalud-el-derecho-a-la-salud-se-ve-afectado/>
- Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos, CIEDH. (2019b, 3 de agosto). "Convenios de fuerza y justicia". Consultado en <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/convenios-de-fuerza-y-justicia/>
- González, A. y Moore, C. (2019). *Criminalización de la defensa de los derechos humanos en Colombia: la judicialización a defensores/as de la tierra, el territorio, el medio ambiente y la paz*. Fundación Comité de Solidaridad con Presos Políticos (FCSP): Consultado en <https://www.business-humanrights.org/es/%C3%BAltimas-noticias/colombia-ong-presenta-informe-sobre-criminalizaci%C3%B3n-de-defensores-de-derechos-humanos/>
- Post, R. y Reva, S. (2013). *Constitucionalismo democrático, Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. (Trad. Leonardo Jaramillo y Laura Saldivia). Buenos Aires: Siglo Veintiuno (Colección Derecho y Política).
- Villanueva, J. (2019, 3 de julio). Indígenas de 'Cañamomo Lomapieta' luchan por su territorio ancestral. *Radio Nacional de Colombia*. Consultado en <https://www.radionacional.co/noticias/actualidad/resguardo-indigena-ca%C3%B1amomo-lomapieta-luchan-por-su-territorio>

REFERENCIAS LEGALES

- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (2010, 3 de marzo). *Sentencia de Tutela en Segunda Instancia*. Radicado: 20001-23-33-000-2019-00275-01. CP: Ramiro Pazos Guerrero.
- Corte Constitucional de Colombia. (2004, 22 de enero). *Sentencia T-025 de 2004*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional de Colombia. (2009, 26 de enero). *Auto 004 de 2009*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016, 10 de noviembre). *Sentencia T-622 de 2016*. M.P. Jorge Iván Palacio.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016, 27 de septiembre). *Sentencia T-530 de 2016*. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional de Colombia. (2017, 7 de diciembre). *Sentencia T-713 de 2017*. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
- Corte Constitucional de Colombia. (2019, 20 de marzo). *Auto 131 de 2019*. M.S. Alberto Rojas Ríos.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2018, 4 de abril). STC4360-2018, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.
- Ley 2 de 1959. *Sobre economía forestal de la nación y conservación de recursos naturales renovables*. 16 de diciembre de 1959. D.O. No. 23095.
- Ministerio de Agricultura. (1995, 7 de diciembre). Decreto 2164 de 1995. *Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994*.
- Ministerio del Medio Ambiente (2001, 3 de septiembre) *Resolucion Numero 0809. Por la cual se abre una investigación ambiental, se formula un pliego de cargos y se toman otras determinaciones*.
- Ministerios del Medio Ambiente (2002, 19 de junio) *Resolución Numero 0556. Por medio de la cual se sanciona a la EPSA y se le imponen determinadas obligaciones”*.



Asimetrías, estrategias, y posibilidades del litigio estratégico en materia de derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales

Autores: Amanda Romero, Fabián Andrés León Peñuela, Edwar Álvarez Vacca, Germán Ospina, Cesar Carvajal y Diana Murcia

Diagramación y diseño: Diego Andrés Nuñez Guerrero

Foto de portada:

- Jaime Huenchullán, Prensa Opal Chile, Licencia Creative Commons, Reconocimiento, No Comercial, Compartir Igual 4.0 Internacional

- twenty20photos, Envato Elements, J6GRCVB92D

ISBN Obra independiente: 978-958-52906-6-2

Sello Editorial: Centro de Información Sobre Empresas y Derechos Humanos (978-958-52906)

Con el apoyo de:



Colombia 2020