

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/336035588>

Derechos Humanos, responsabilidad social empresarial y Principios Ruggie en la jurisprudencia constitucional colombiana

Chapter · September 2019

DOI: 10.2307/j.ctv1k03qyg.10

CITATIONS

2

READS

1,011

2 authors, including:



Jorge Ernesto Roa Roa

Pompeu Fabra University

93 PUBLICATIONS 210 CITATIONS

SEE PROFILE

MAGDALENA CORREA HENAO *

JORGE ERNESTO ROA ROA **

CAPÍTULO 5

*Derechos Humanos, responsabilidad social empresarial
y Principios Ruggie en la jurisprudencia
constitucional colombiana*

RESUMEN

Basado en un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, este artículo demuestra que la empresa tiene un rol importante como sujeto comprometido con la protección y respeto de los derechos humanos desde cada una de las actividades que aquella realiza en aras de la consecución de su fin económico. En consecuencia, se indaga la forma como la Corte Constitucional ha abordado la relación entre la actividad de las empresas y la protección de los derechos humanos. A partir del uso que la jurisprudencia constitucional ha dado a los conceptos de responsabilidad social empresarial y a los Principios Ruggie, se infiere un conjunto de trece reglas constitucionales sobre la relación entre las empresas y los derechos humanos. Finalmente, se argumenta a favor de diseñar una justicia constitucional fuerte pero dialógica como mecanismo de protección de los derechos humanos ante la acción de los actores privados, en cuanto se logra consolidar los procesos estructurales de transformación jurídica, cultural, económica, productiva y de consumo requeridos para que el respeto de los derechos humanos sea connatural a la actividad empresarial.

Palabras clave: Derechos Humanos, empresas, responsabilidad social empresarial, Principios Ruggie, Corte Constitucional de Colombia.

HUMAN RIGHTS, CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY AND THE RUGGIE PRINCIPLES IN COLOMBIAN CONSTITUTIONAL CASE LAW

ABSTRACT

Based on an analysis of the Constitutional Court of Colombia case law, this article shows that the company has an important role as a subject committed to

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Doctora en Derecho y experta en Derecho Constitucional Económico. Asesora jurídica para temas constitucionales de entidades del Estado colombiano y organizaciones del tercer sector. Directora del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Correo: <magdalena.correa@uexternado.edu.co>

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho *summa cum laude* (Ph. D. in Law) por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (2017). Profesor de Teoría Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Público Comparado de la Universidad Externado de Colombia. Ha sido profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Correo: <jorge.roa@uexternado.edu.co>

the protection and respect of human rights from each of the activities carried out in pursuit of the achievement of its economic purpose. Consequently, this article investigates the way in which the Constitutional Court has addressed the relationship between the activity of companies and the protection of human rights. From the use that constitutional case law has given to the concepts of Corporate Social Responsibility and the Ruggie Principles, a set of thirteen constitutional rules is inferred on the relationship between business and human rights. Finally, the text argues in favor of designing a strong but dialogical judicial review as a mechanism for the protection of human rights before the action of private actors.

Key words: Human Rights, companies, corporate social responsibility, Ruggie Principles, Constitutional Court of Colombia.

INTRODUCCIÓN

El poder normativo de los derechos fundamentales o humanos se ha establecido históricamente desde el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, en torno de la relación ciudadano-Estado y persona-Estado¹. Es decir, la cultura jurídica de los derechos humanos se ha caracterizado por asignar a los Estados las obligaciones que hacen factible la garantía de los derechos humanos y la reparación de su violación².

Con todo, los cambios ocurridos en el orden económico global, las políticas introducidas por los Estados y la mutación de su poder de intervención pública económica han llevado a que el ejercicio o la satisfacción de los derechos humanos estén determinados —sobre todo— por el hacer o no hacer de las empresas³.

1 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-403 de 1992, T-406 de 1992, T-412 de 1992, T-415 de 1992, SU-067 de 1993, T-081 de 1993, T-329 de 1993, T-597 de 1993, T-126A de 1994, C-177 de 1994 y T-956 de 2002. Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 12, numeral 3) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 18, numeral 3).

2 Constitución Política de Colombia (artículo 90). Convención Americana sobre derechos humanos (artículo 63.1). Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas - Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad de los Estados (Anuario de la CDI, 1980). CPJI, caso Fábrica de Chorzow. Reparación y daño. Serie A n°. 17, pp. 27-28.

3 GARCÍA HERRERA, MIGUEL ÁNGEL. Poder judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional. En: PERFECTO IBÁÑEZ, ANDRÉS (ed.). *Corrupción y Estado de derecho*, Madrid, Trotta, 1996, p. 69.

Esto en cuanto la relación de mayor relevancia para la vida de las personas se produce no tanto frente al Estado como en el funcionamiento de los mercados, sus actores productivos o los inversionistas.

En efecto, *la empresa como base del desarrollo* es la que produce y distribuye la mayor parte de los bienes y servicios con los que se satisface la mayor cantidad de los derechos e intereses legítimos, incluidos buena parte de los derechos humanos: seguridad personal, locomoción, información, educación, salud, alimentación adecuada, pensión de vejez, vivienda, acceso al agua, acceso a los servicios públicos esenciales y domiciliarios, transporte público e infraestructura.

La empresa también es el ámbito en donde se ocupa de forma mayoritaria el recurso humano disponible, con lo que se constituye en un factor fundamental para el derecho al trabajo. Y es en el marco del mercado y de sus sectores y estructuras donde la libre iniciativa y la actividad económica —independiente formal o informal— se concreta como la forma en que las personas se ganan la vida, la dignifican y en el mejor de los casos se hacen ricos.

En fin, su relación con los derechos humanos también se manifiesta en que las actividades que producen mayor impacto económico, social y ambiental sobre las comunidades son, en condiciones de normalidad, las que ejecutan las empresas, particularmente las de gran tamaño o con mayor ámbito de influencia local o por el tipo de operación que desarrollan⁴.

Además de que la actividad empresarial crea relaciones con sus trabajadores, consumidores y proveedores, así como con la competencia, sus muchas externalidades también impactan o afectan el ejercicio de las libertades y derechos de las personas que comparten el espacio o territorio donde se producen. Es decir que las libertades y los derechos individuales, sociales, colectivos tienden a depender de las empresas o son estas las que determinan buena parte de sus límites o restricciones.

A todo lo anterior se suma el hecho de que, como se ha demostrado en Estados Unidos por Adam Winkler, las empresas han sido el eje esencial de las grandes transformaciones del derecho. Por tanto, no se han limitado a ser destinatarias de las normas jurídicas, sino que han actuado como arquitectas de todo el ordenamiento jurídico. Ello al punto de haber sido reconocidas como

4 CLAPHAM, ANDREW. *Human Rights Obligations of Non State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

titulares de derechos civiles, con la subsiguiente expansión de la protección constitucional *iusfundamental* en su favor⁵.

Dado ese poder, es preciso indagar qué respuestas han ofrecido el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos a esa relación estrecha entre la empresa y los derechos humanos, donde la empresa sea considerada no solo como titular de derechos sino también de deberes y obligaciones, esto es, garante de los derechos fundamentales o humanos de las personas que la constituyen, la nutren o la rodean.

De las variadas fuentes existentes, el artículo indaga en la jurisprudencia constitucional colombiana. En particular, las sentencias en las cuales la Corte Constitucional ha mencionado o se ha servido de las nociones de responsabilidad social empresarial o corporativa y de los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar”, también conocidos como Principios Ruggie. Estos fueron avalados por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas mediante la Resolución 17/4 de 16 de junio de 2011^[6].

El objetivo del texto es mostrar cómo han jugado tales elementos dentro de la argumentación del juez constitucional, qué naturaleza se les ha atribuido y cómo se insertan dentro del sistema jurídico de derechos y obligaciones de las empresas. El argumento central es que, con la jurisprudencia sobre responsabilidad social empresarial y Principios Rectores, la Corte Constitucional de Colombia se perfila —de nuevo— como el poder del Estado que puede dotar de fundamento, contenido concreto y eficacia al discurso de los derechos humanos frente a los actores privados.

Desde luego que la contribución de la jurisprudencia constitucional —dados los condicionamientos jurídicos, culturales y económicos que el asunto plantea— es de alcance limitado. Pero no por ello desdeñable. No solo porque en otros asuntos la Corte ha propiciado la creación de leyes, la formulación de políticas públicas o la revisión de relaciones internacionales en defensa de los

5 WINKLER, ADAM. *We the Corporations. How American Businesses Won Their Civil Rights*, Nueva York, Liveright Publishing, 2018.

6 Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”. Resolución 17/4, 16 de junio de 2011, A/HRC/17/31.

mandatos constitucionales. Ni porque ha difundido una lectura constitucional y en clave de derechos de las relaciones humanas entre los particulares y frente al Estado. Sino porque su comprensión de la justicia desde la Constitución, le permite construir una argumentación fundamental para cimentar las bases de una comprensión integral del valor de los derechos humanos y el compromiso que con ellos tienen todas las personas e instituciones que integran los Estados y las sociedades que hacen parte de estos.

La hipótesis de la que se parte es que la jurisprudencia constitucional de Colombia puede ser una fuente óptima para atender las exigencias interpretativas que impone la definición constitucional de la relación entre las empresas y los derechos humanos. Lo anterior, en tanto exista un diseño fuerte de la justicia constitucional que, al mismo tiempo, asuma una actitud dialógica con otros poderes del Estado, con la sociedad, con las empresas y con las instancias internacionales de protección de los derechos humanos y de protección de las inversiones.

Para responder a las preguntas y verificar la validez de la hipótesis, el artículo se divide en tres partes. En la primera se presenta el contexto en el que actualmente se encuentra el tratamiento de la relación entre las empresas y los derechos humanos. Este contexto justifica leer la jurisprudencia constitucional de Colombia con los lentes de la responsabilidad social empresarial y los Principios Rectores. En la segunda parte se analizan las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia que aplican estándares de responsabilidad social empresarial o los Principios Rectores. En la tercera parte se hacen explícitas las reglas que, tras el estudio de la jurisprudencia constitucional de Colombia, se pueden formular para dotar de valor y eficacia a tales criterios. En cuarto lugar, se argumenta a favor de un diseño de la justicia constitucional del tipo fuerte, pero dialógico, como mecanismo para proteger los derechos humanos frente a la acción de los actores privados.

I. RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y LOS PRINCIPIOS RECTORES COMO CRITERIOS DE LA PESQUISA JURISPRUDENCIAL

La investigación se centra en las referencias de la jurisprudencia constitucional colombiana a dos nociones: la responsabilidad social empresarial y los Principios Rectores. La responsabilidad social empresarial y los Principios Rectores son parte del conjunto de respuestas que se han venido formulando desde el mercado y el orden internacional a la relación entre la empresa y los

derechos humanos⁷. En este artículo, esos dos elementos son los criterios para descubrir la jurisprudencia constitucional que se ha construido en torno de la relación entre la empresa y los derechos humanos.

Por una parte, la responsabilidad social empresarial o corporativa ha sido definida por el Banco Mundial como “el compromiso de las empresas de contribuir con un desarrollo económico sustentable, trabajando con sus empleados, sus familias, comunidades locales y con la sociedad para mejorar la calidad de vida, haciéndolo rentable tanto para las empresas como para el desarrollo”⁸. Se trata de “una iniciativa de carácter voluntario y que solo depende de la empresa e incluye actividades que se considera rebasan el mero cumplimiento de la legislación”⁹.

La previsión y el contenido de la responsabilidad social empresarial se han establecido desde el mercado, con influencia de las posiciones dominantes y del sector económico en el que se desarrolla la actividad empresarial. La concreción de la responsabilidad social empresarial opera a escala nacional o local, en atención a las condiciones en las que se produce la operación, en términos de regulación y controles del Estado, culturas y situación social, económica y ambiental.

Por su parte, los *Principios Rectores sobre empresa y derechos humanos de Naciones Unidas* —preparados por el Representante Especial del Secretario General, John Ruggie, y aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas mediante la Resolución 17/4 de 2011— son el primer acercamiento a la materia en el ámbito del derecho internacional blando.

A partir de tres pilares (proteger, respetar y remediar), los Principios Rectores refuerzan el significado de las obligaciones y competencias de los Estados para proteger los derechos humanos en materia de regulación, creación de incentivos y controles sobre las empresas. Pero, además, como previsión inédita, a través de los *principios rectores fundacionales* y, en particular, de los *principios*

7 Ver también el Pacto Global y los Objetivos del Milenio (Resolución aprobada por la Asamblea General 55/2).

8 PETKOSKI, DJORDJICA y TWOSE, NIGEL (eds.). Public Policy for Corporate Social Responsibility. *World Bank Institute. Series on Corporate Responsibility, accountability and sustainable competitiveness*. Julio 7-25, 2003. Disponible en <<http://web.worldbank.org/archive/website01006/web/images/publicpo.pdf>> (consultado: 25 de abril de 2019).

9 Oficina Internacional del Trabajo. Consejo de Administración. *Iniciativa InFocus sobre responsabilidad social de la empresa*. 295.^a reunión. Ginebra, marzo de 2006.

operativos. Estos últimos establecen los lineamientos para comprometer a las empresas con los derechos humanos, mediante la formulación de políticas y procesos que aseguren su respeto y mejoren el acceso a las vías de reparación de las víctimas de abusos relacionados con su actividad económica.

Los Principios Rectores son un instrumento del derecho internacional de valor trascendental, pues con su talante tradicional –de radicar en el Estado las obligaciones principales– y con su deferencia para con las empresas reconocen la libre empresa, el mercado, los incentivos del lucro económico y el crecimiento como parte de los elementos que determinan la garantía efectiva de los derechos humanos.

Según se dijo, la responsabilidad social empresarial y los Principios Rectores son el criterio de búsqueda en la jurisprudencia constitucional. De las treinta y siete providencias que aluden a los anteriores criterios, se analizan poco más de la mitad, por ser las que desarrollan un análisis visible sobre la responsabilidad social empresarial o sobre los Principios Rectores al estudiar los problemas jurídicos relacionados con derechos fundamentales¹⁰. De acuerdo con su contenido, las sentencias se presentan organizadas así: i) sentencias de constitucionalidad que confirman la validez de normas; ii) sentencias sobre derechos económicos y sociales; iii) sentencias que giran en torno de la actividad minero-energética; finalmente, iv) sentencias de tutela en torno de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y afrocolombianas.

2. SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD QUE CONFIRMAN LA VALIDEZ DE NORMAS SOBRE RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

El derecho internacional económico, el derecho interno y su regulación de la actividad económica han introducido normas en las que se contempla la responsabilidad social empresarial. A ellas se ha referido la Corte Constitucional de Colombia en ejercicio del control de constitucionalidad, automático o por vía de acción pública de inconstitucionalidad.

10 Se encontraron 29 referencias a la responsabilidad social empresarial, siete a la RSC y cuatro a los Principios Rectores. Dos sentencias se refieren tanto a la responsabilidad social empresarial como a la RSC y una emplea tanto la noción de responsabilidad social empresarial como la de los Principios Rectores.

2.1. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO Y EN LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN EXTRANJERA

Una primera tipología de casos donde existe referencia a la responsabilidad social empresarial o a la RSC se aprecia en las sentencias C-608 de 2010, C-609 de 2010, C-915 de 2010, C-335 de 2014 y C-157 de 2016 en las cuales se efectúa el control previo y automático de constitucionalidad de los tratados de libre comercio o de inversión con diversos Estados. Esta jurisprudencia se produce en razón de que en tales instrumentos se introducen mandatos de promoción de la responsabilidad social empresarial a cargo de los Estados firmantes. No obstante, solo en las sentencias C-608 de 2010 y C-915 de 2010 la Corte Constitucional de Colombia analizó el valor de tal compromiso internacional.

La responsabilidad social empresarial con fuerza vinculante derivada de su inclusión en un acuerdo internacional

En la Sentencia C-608 de 2010 se revisó la constitucionalidad del acuerdo de libre comercio entre Colombia y Canadá¹¹. Entre otros contenidos, en ese acuerdo se establece una disposición que obliga a los dos Estados a fomentar que sus empresas incluyan programas de responsabilidad social empresarial en materia de derechos humanos, derechos laborales, medio ambiente, relaciones con las comunidades y lucha contra la corrupción¹².

Sobre esta cláusula, la Corte observa que la inclusión de mecanismos de responsabilidad social empresarial en tratados internacionales constituye un avance en favor de los derechos humanos. Tanto por la coincidencia del contenido de la responsabilidad social empresarial con algunos valores constitucionales, como por pasar de una exigibilidad dubitativa hacia una fuerza vinculante derivada de ser parte de las obligaciones internacionales que el tratado contempla¹³.

11 Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia (aprobado por la Ley 1363 de 2009).

12 Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia (capítulo 8, artículo 816).

13 “La Corte considera de la mayor importancia que los postulados de la llamada responsabilidad social corporativa (RSC) o responsabilidad social empresarial (RSE) sean elevados a derecho positivo internacional convencional, por cuanto sus fuentes normativas suelen encontrarse en

La responsabilidad social empresarial como regla de comportamiento obligatoria derivada de su conexión con la función social (constitucional) de la empresa

En la segunda sentencia, C-915 de 2010, se juzga la constitucionalidad del acuerdo sobre medio ambiente entre Colombia y Canadá¹⁴, el cual igualmente introduce una disposición por la cual se establece el deber de los Estados parte del acuerdo de fomentar que las empresas incluyan mecanismos de responsabilidad social empresarial¹⁵.

En ese caso, la Corte señaló que esa disposición era compatible con el ordenamiento constitucional de Colombia porque la responsabilidad social empresarial forma parte de la función social de la empresa establecida en la Constitución de 1991 (artículo 333)¹⁶. Una fundamentación constitucional de enorme trascendencia no solo por el carácter normativo en que se sustenta, sino por abrir las pautas de interpretación de ese ingrediente constitutivo de la libertad económica en ejercicio.

Para la Corte, el hecho de que los tratados de libre comercio y los tratados de inversión incluyan ciertos mecanismos de responsabilidad social empresarial es de vital importancia, pues ello —aunado a la coincidencia de algunos de los mecanismos de responsabilidad social empresarial con valores constitucionales— genera una amalgama que tiene como resultado el revestimiento de la responsabilidad social empresarial con fuerza obligatoria. En la tercera sección de este artículo, de este tipo de consideraciones se colegirá la regla de la conexidad.

disposiciones de *soft law*, tales como declaraciones y resoluciones. En tal sentido, incluir los principios de la RSC en un tratado de libre comercio como el presente, coadyuva al cumplimiento de los valores y principios constitucionales tales como la solidaridad, la dignificación del trabajo, el respeto por el medio, y en general, el cumplimiento de las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-608 de 2010. Fundamento jurídico 5.8.

14 Acuerdo sobre medio ambiente entre Canadá y la República de Colombia (aprobado por la Ley 1360 de 2009).

15 Acuerdo sobre medio ambiente entre Canadá y la República de Colombia (artículo 6).

16 “La Sala estima que el artículo 6 que obliga a las partes a alentar prácticas voluntarias de responsabilidad social corporativa ‘para fortalecer la coherencia entre los objetivos económicos y sociales’ es constitucional debido a que es parte de la función social de la empresa que consagra el artículo 333 de la Carta Política”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-915 de 2010.

La responsabilidad social empresarial en el diseño y aprobación de los proyectos de Zidres

La Sentencia C-077 de 2017 estudió la demanda de inconstitucionalidad contra algunos preceptos de la Ley 1776 de 2016. Esa ley creó las *zonas de interés de desarrollo rural, económico y social* (en adelante Zidres) como una medida de intervención del Estado en la economía para el desarrollo de las regiones más apartadas del territorio o de más difícil acceso. Dentro de los objetivos de las Zidres se prevé que estas “deberán constituir un nuevo modelo de desarrollo económico regional a partir de [...] promover la responsabilidad social empresarial y la Responsabilidad Ambiental Empresarial (RAE) de las personas jurídicas que desarrollen proyectos productivos en las Zidres [...]”¹⁷.

Al decidir sobre la constitucionalidad de las normas demandadas, la Corte señaló que era plausible “condicionar la aprobación del proyecto a que incorporara instrumentos eficaces que aseguraran una perspectiva de responsabilidad social empresarial y de responsabilidad ambiental empresarial”¹⁸. De este modo, la Corte apuesta con decisión por tener en la responsabilidad social empresarial —como política que define a la empresa que se postula para la conformación de una zona de esta naturaleza— un ingrediente determinante de su aprobación. Una política que, a pesar de ser producto de la autorregulación, adquiere por mandato legal y jurisprudencial —una vez más— carácter vinculante frente al Estado y frente a las personas y comunidades en torno de las cuales se configura.

2.2. SENTENCIAS DE TUTELA SOBRE DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

Aparte de los casos relacionados con las actividades mineras y energéticas, los pronunciamientos sobre los derechos sociales y económicos que han tratado la responsabilidad social empresarial o los Principios Rectores como expresión de la relación entre la empresa y los derechos humanos son más que escasos. Lo anterior, a pesar de la ampliación del mercado en la prestación de los servicios que satisfacen este tipo de derechos. A continuación se describen los casos sobre el derecho al trabajo y sobre el derecho a la salud.

¹⁷ Ley 1776 de 2016 (artículo 2).

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-077 de 2017. Fundamento jurídico 174.

Derecho al trabajo

Sobre el derecho al trabajo se destacan dos sentencias de revisión de tutela: la T-247 de 2010 y la T-340 de 2017.

La igualdad de género y el poder autovinculante de la responsabilidad social empresarial

En la Sentencia T-247 de 2010, la Corte Constitucional de Colombia protegió el derecho a la igualdad de una mujer que fue rechazada para el cargo de vigilante en la empresa Ecopetrol. Según la ciudadana, ella fue descartada para ocupar ese cargo porque la empresa no contrataba mujeres para esa posición. La empresa se defendió mediante el argumento de que la señora no había presentado correctamente su hoja de vida. Además, la empresa indicó que había desarrollado un programa de responsabilidad social empresarial por medio del cual solo contrataba a personas residentes en las zonas aledañas a las instalaciones donde se realizaba la labor de vigilancia.

En este caso, la Corte –tras acreditar lo afirmado por la demandante– señaló que no existía ningún fundamento razonable para que la empresa rehusase contratar mujeres para el cargo de vigilantes cuando estas demostraran ser idóneas para esas funciones y probaran cumplir satisfactoriamente con las actividades pertinentes¹⁹. Además, el tribunal rechazó el argumento de defensa basado en el programa de responsabilidad social empresarial, por cuanto tales políticas empresariales debían ser compatibles con los derechos fundamentales. Asimismo, la Corte estableció que la existencia de planes de responsabilidad social empresarial no eximía *per se* a la empresa de su posición de garante en relación con otros derechos fundamentales:

[...] los programas de responsabilidad social responden a la necesidad de que la empresa, en cuanto sujeto que actúa al interior de la sociedad, sea partícipe del desarrollo y promotor del bienestar del sujeto colectivo en que se lleva a cabo su actividad. En otras palabras, al ser la empresa un actor que se involucra en una determinada comunidad; cuyas acciones pueden repercutir positiva y negativamente en dicha comunidad; cuyo poder se manifiesta en los aspectos financiero, político, social, ambiental, laboral, entre otros; y cuya capacidad de acción es de las mayores

19 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-247 de 2010. Fundamento jurídico 8.

al interior de las comunidades en que se encuentra, surge una amplia variedad de posibilidades de acción con miras a que la empresa repercuta de manera positiva en la comunidad o comunidades en que desarrolla su actividad. La responsabilidad social no consiste únicamente en ser consciente de dicha posibilidad, sino de asumirla con compromiso social, encaminando esfuerzos a que, en ejercicio de su capacidad de acción, parte de las actividades desarrolladas por las empresas tengan como objetivo principal la promoción del bienestar social de la comunidad²⁰.

En esa misma decisión, la Corte señaló que la mayor parte de los elementos que integran los mecanismos de responsabilidad social empresarial, como el Global Compact del año 2000, coinciden con principios centrales del Estado Social de Derecho que limitan la acción de los particulares o les imponen obligaciones reforzadas para que satisfagan una función social que complemente el ánimo de lucro que es el elemento teleológico tradicional de la libertad de empresa. Para el tribunal, eso significa que algunos de esos elementos, cuya eficacia depende de la voluntad de la empresa porque se trata de instrumentos internacionales de *soft law*, contienen obligaciones que son plenamente vinculantes desde el punto de vista constitucional²¹. En la tercera sección de este trabajo, de estos fundamentos se colegirán las reglas de concurrencia y complementariedad.

Estas consideraciones llevaron a que el tribunal concluyera que la aplicación de programas de responsabilidad social empresarial (*e. g.*, contratación exclusiva de personas provenientes de una determinada zona vulnerable) no debe desconocer el respeto de los derechos constitucionales fundamentales (*i. e.*, igualdad y no discriminación).

Por esa razón, el programa de responsabilidad social empresarial de Ecopetrol no podía ser aplicado para impedir la contratación de mujeres para el cargo de vigilantes cuando las candidatas demostraran idoneidad para cumplir con las actividades propias de ese cargo. Por el contrario, según la Corte, los

20 *Ibidem*. Fundamento jurídico 7.

21 “[...] que el Pacto Global de las Naciones Unidas no sea un instrumento obligatorio no debe hacer perder de vista dos elementos esenciales del análisis: i) que contiene elementos incluidos en la regulación constitucional del Estado colombiano y, por consiguiente, que resultan vinculantes en cuanto normas de naturaleza constitucional; y ii) que su manifestación tiene una gran utilidad en cuanto refuerza, resalta y orienta el contenido ético que dichas prácticas involucran y, por tanto, resultan definitorias de la identidad de los actores estatales, empresariales y comunitarios que las llevan a cabo, así como de la moral social —en cuanto costumbres, mores— que resulta coherente con la esencia de un Estado con núcleo social”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-247 de 2010. Fundamento jurídico 7.

programas de responsabilidad social empresarial deben potenciar la capacidad de los actores sociales públicos y privados para lograr los objetivos que persigue el Estado Social de Derecho²².

La responsabilidad social empresarial como ingrediente humanizador de la empresa frente a la discapacidad

La Sentencia T-340 de 2017 resuelve el caso de una mujer que fue despedida de su empleo en Convergys Customer Management Colombia S. A.S en desconocimiento de la estabilidad reforzada toda vez que la empresa mencionada la despidió al enterarse de la pérdida de capacidad laboral sufrida por la accionante.

En el análisis realizado por el juez constitucional, se indicó que los beneficios previstos en la Ley 789 de 2002 para los empleadores que vinculen personas con disminución de su capacidad laboral tienen “claro fundamento en la responsabilidad social empresarial (artículo 333 Superior), según la cual la empresa es uno de los principales actores dentro de una comunidad y su actividad debe ser un instrumento de mejora social y de respeto de los derechos fundamentales, entre otros elementos de construcción social”. Además, destacó la responsabilidad social como un principio de acción empresarial que

Viene a complementar, y a enriquecer, el que hasta ahora había sido el núcleo teleológico de su actividad: el ánimo de lucro. La idea de que la empresa es uno de los principales actores dentro de una comunidad y de que su actividad debe ser un instrumento de mejora social, de protección al medio ambiente y de respeto de los derechos fundamentales, entre otros elementos de construcción social, ha animado la consolidación de principios que guían la construcción de parámetros de responsabilidad social para las empresas²³.

Para la Corte, la responsabilidad social empresarial funge así un papel humanizador del objetivo de utilidad que alienta la actividad empresarial para hacer de la empresa un motor del desarrollo no solo económico sino también social.

22 “Programas, como el de responsabilidad social empresarial de Ecopetrol, desde una perspectiva distinta a la del Estado, ayudan a la realización de objetivos propios de un Estado social y, en esa medida, resultan una herramienta válida en el proceso de mejora de las condiciones sociales de las personas que se encuentran en la órbita de influencia de las actividades de una determinada empresa”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-247 de 2010. Fundamento jurídico 7.

23 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-340 de 2017.

El derecho a la salud

Llama mucho la atención que la única sentencia de la Corte constitucional sobre el derecho a la salud que se refiere y muy de paso a la responsabilidad social empresarial es la sentencia SU-124 de 2018. En ella se atendía el caso de revisión de la acción de tutela promovida por una mujer frente a la negativa de su EPS de practicarle una prueba médica destinada a detectar el cáncer de mama.

Además de retomar la línea jurisprudencial sobre el derecho a la salud, al destacar el carácter prioritario de la prevención y la detección temprana del cáncer, la Corte retomó de la intervención del Ministerio de Salud y Protección social, que dentro de las previsiones que ordenan la prestación del servicio para pacientes con cáncer, se encuentra el Plan Decenal para el control del cáncer en Colombia 2012-2021. Es este se establece no solo la acción del Estado y la acción intersectorial, sino también “la responsabilidad social empresarial y la corresponsabilidad individual” para su control²⁴.

Sin embargo, esta consideración no se retoma al definir las órdenes que le impone el juez constitucional a la entidad prestadora del servicio, las cuales se circunscriben al cumplimiento de las obligaciones legales que la sujetan, de conformidad con la Constitución y la jurisprudencia constitucional sobre la materia.

3. SENTENCIAS EN TORNO DE LA ACTIVIDAD MINERA Y ENERGÉTICA

Sin duda, las actividades empresariales que han generado mayor número de referencias a la responsabilidad social empresarial o a los Principios Rectores por la Corte constitucional, tanto en sentencias de constitucionalidad como de tutela, han sido las relacionadas con la exploración y explotación minera y de hidrocarburos. Sobresalen dentro de ellas los casos relacionados con: i) los derechos a la participación, ii) de acceso al agua y al medio ambiente sano y iii) a la libertad de trabajo.

3.1. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Tres decisiones se destacan con relación al derecho a la participación ciudadana frente a la actividad minera: dos de constitucionalidad que aluden a la

24 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-124 de 2018. Fundamento jurídico 44.

responsabilidad social empresarial y una de tutela que se fundamenta, entre otros, en los Principios Rectores.

*Participación y responsabilidad social empresarial: otra vez la responsabilidad social empresarial en las normas legales*²⁵

En la Sentencia C-150 de 2015 se juzgó la constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria 227/12 “Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática”. Como parte de los incentivos establecidos para promover la participación, se creó un premio nacional para resaltar el esfuerzo que en este sentido hayan adoptado las empresas en sus programas de responsabilidad social empresarial²⁶. En adición, se creó la figura de las “Alianzas para la Prosperidad” entendidas como “instancias de diálogo” entre los distintos actores comprometidos con los “proyectos de gran impacto social y ambiental producto de actividades de explotación minero-energética”²⁷. Estos acuerdos están llamados a “definir los mecanismos de acción conjunta que permitan el desarrollo social sostenible”, lo cual se produce con relación a la empresa, “mediante sus mecanismos de responsabilidad social empresarial, y aquellos que se deriven de las licencias ambientales y los planes de manejo ambiental”²⁸.

Sobre el premio, la Corte no ahonda en el concepto de responsabilidad social empresarial, pero sí determina sobre todos los incentivos legales que se crean, su compatibilidad con la Constitución, dada su “correspondencia con la importancia que esta materia tiene para la Carta y con el reconocimiento del deber de todos los ciudadanos de participar en la vida política, cívica y comunitaria del país”²⁹. Y sobre las Alianzas para la Prosperidad, como “forma

25 La Ley 1382 de 2010, que modificó el Código de Minas, previó expresamente en su artículo 27 sobre responsabilidad social empresarial que “las empresas mineras promoverán y efectuarán actividades de responsabilidad social, en un marco de desarrollo humano sostenible, las cuales propenderán por el logro de objetivos sociales de mejoramiento de la calidad de vida de la población y la prevención y reparación de los daños ambientales en las regiones, subregiones y/o zonas de su influencia”.

26 Se trata del Premio Nacional al Fomento Empresarial de la Participación Ciudadana con el fin de resaltar el esfuerzo de responsabilidad social empresarial que se haya destacado en el fomento de la participación y la generación de capital social. (Ver: Ley 1757 de 2015, artículo 101, lit. c).

27 Ley 1757 de 2015 (artículo 105).

28 *Ibidem* (artículo 106).

29 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-150 de 2015. Fundamento jurídico 6.50.2.

de articular responsabilidades públicas y privadas se anuda directamente al carácter participativo de la democracia”³⁰.

La responsabilidad social empresarial se reconoce –de nuevo– como compatible con la Constitución, por servir como herramienta para concretar la democracia y los derechos y los deberes constitucionales asociados con ella. Una argumentación que, aunque no aprecia el vínculo fundamental que existe entre la responsabilidad social empresarial y la libertad de empresa, al conectarla con el mandato constitucional de la participación, le otorga un papel muy significativo en lo que se ha llamado la “democracia inclusiva”³¹, en donde las empresas –como los actores principales de la actividad minera– están llamadas a jugar un papel decisivo³².

El poder normativo de la responsabilidad social empresarial en la participación minera: todo en su lugar

La Sentencia C-389 de 2016 juzgó la constitucionalidad de diversas disposiciones del Código Minero (Ley 685 de 2001) en las que se prevén los requisitos de validez de la solicitud o propuesta de concesión minera, la especificidad de las normas de contratación estatal para el trámite de las concesiones mineras, las reglas de presentación de la propuesta y sus requisitos³³. Acusadas por presuntamente violar el “derecho fundamental a la participación ciudadana”, al no prever “un momento específico para que esta se lleve a cabo, ni instancias de notificación a las personas que viven en los predios sobre los que surge el interés minero”.

Al analizar su contenido, la Corte encuentra que en efecto existe un déficit de protección en materia de participación, por lo cual declara su exequibilidad condicionada a que la autoridad minera nacional adopte medidas especiales para que en los contratos de concesión se garantice “la participación libre, previa, representativa, informada y eficaz de los potenciales afectados”, esto “sin perjuicio de la especial de los grupos étnicamente diferenciados”³⁴.

30 *Ibidem*. Fundamento jurídico 6.53.2.

31 MÁIZ, RAMÓN. Deliberación e inclusión en la democracia republicana, *Reis. Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 113, 2006, pp. 11-47.

32 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-095 de 2015.

33 Ley 685 de 2001 (artículos 16, 53, 270 y 271).

34 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-389 de 2016.

Ahora bien, aunque la Corte no aludió a la responsabilidad social empresarial, quien sí lo hizo fue el magistrado Linares Cantillo. En su salvamento de voto, Linares estimó que, contrario a lo decidido por la mayoría, en las normas relativas al procedimiento para el otorgamiento de la licencia ambiental, el derecho a la participación sí se encuentra protegido. Más aún cuando en la Ley 1757 de 2015 se contempló la posibilidad de celebrar las denominadas Alianzas para la Prosperidad, que procuran el diálogo entre los diferentes actores vinculados con la actividad, a partir —entre otras— de las medidas de responsabilidad social empresarial adoptadas por las empresas³⁵.

El disenso del magistrado indica que el carácter fundamental del derecho a la participación ciudadana no puede depender de la voluntad de la empresa sino del Estado que la debe asegurar. Sin embargo, la responsabilidad social empresarial es un instrumento idóneo para la construcción del consenso de los diferentes intereses, derechos y competencias que giran en torno de la minería, mucho más eficiente que las reglas unitarias a más de inexistentes que deba fijar el Estado.

Participación, pero no tanta y con Principios Rectores

En la Sentencia SU-095 de 2018, la Corte revisó la tutela interpuesta por una empresa petrolera (Mansarovar Energy Colombia Ltda.) contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo competente por la cual se había definido la constitucionalidad de la convocatoria a consulta popular a realizarse en el municipio donde aquella desarrollaría su actividad (Cumaral, Meta) para que la población se pronunciara en favor o en contra de la misma.

Al resolver el asunto, la Corte tuteló los derechos reclamados y dejó sin efectos la sentencia recurrida, en razón a que el mecanismo de participación ciudadana en cuestión no podía ejercerse para establecer la viabilidad o no de un proyecto minero, en cuanto tal decisión corresponde al Estado central. Sin embargo, también reiteró que existe un “déficit de protección constitucionalmente inadmisibles” en cuanto no se aprecia en el ordenamiento regulacion legal que garantice mecanismos específicos de participación ciudadana e instrumentos de coordinación y concurrencia entre la nación y las entidades territoriales para la explotación de los recursos del subsuelo. Por esto, exhortó al legislador a corregir esta situación.

³⁵ Ley 1757 de 2015, art. 106.

Tal postura se basa no solo en una interpretación centralista de las competencias del Estado sobre los recursos del subsuelo, sino en el reconocimiento de la actividad minera como parte del desarrollo y crecimiento de la economía. Consciente del impacto de la misma y de las falencias normativas e institucionales que persisten para asegurar su ejecución conforme con los derechos humanos, la Corte hace un llamado a las personas y empresas que cuentan con títulos o concesiones para la explotación de recursos de subsuelo, para que en sus operaciones los respeten “e introduzcan en sus políticas corporativas estrategias que conduzcan al cumplimiento de los principios constitucionales de participación ciudadana y de relacionamiento permanente con autoridades locales”³⁶.

En este punto, recoge los Principios Rectores al señalar que es indispensable que quienes realicen tales actividades “actúen con debida diligencia para prevenir, reducir y mitigar los impactos sociales, ambientales y económicos en territorio de sus operaciones y con ello, desplegar todas las labores y gestiones necesarias para tales fines, en el marco de sus obligaciones constitucionales, legales y contractuales”³⁷. Ello con la finalidad de que sus operaciones se realicen en forma sostenible³⁸.

Por lo anterior, señala que el Estado debe exigir rigurosamente a aquellas, “la debida diligencia ambiental y social, y el respeto de los derechos humanos”, en cumplimiento tanto de los “postulados constitucionales”, como de los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Y por lo mismo indica que los particulares están llamados a respetar los derechos humanos en ejercicio de su actividad y a introducir “en sus políticas corporativas estrategias que conduzcan al cumplimiento de los principios constitucionales de participación ciudadana y de relacionamiento permanente con autoridades locales”. Y más en concreto, los insta a actuar “con debida diligencia para prevenir, reducir y mitigar los impactos sociales, ambientales y económicos en territorio de sus operaciones y con ello, desplegar todas las labores y gestiones necesarias para tales fines, en el marco de sus obligaciones constitucionales, legales y contractuales”³⁹.

³⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-095 de 2018.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

3.2. DERECHO AL AGUA: UNA OBLIGACIÓN DEL ESTADO Y UNA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA

Sobre esta vital materia, solo se encuentra una sentencia (T-061 de 2017). En ella se revisaron las decisiones de instancia que declararon improcedente la tutela presentada por habitantes de una vereda, impetrada para proteger sus “derechos fundamentales al agua potable, a la salud y a una vida digna”, que alegaban estar siendo vulnerados por la empresa en el marco de sus “manio-
bras de exploración y explotación de la empresa” y por la actuación y omisión de la alcaldía municipal⁴⁰.

Según la sentencia, a la responsabilidad social empresarial apela la empresa demandada en su intervención de parte, para afirmar que “el suministro de agua que [...] proporciona, no provino de una orden judicial, sino de un acuerdo que voluntariamente se celebró con varias familias de la vereda”⁴¹. Y que además, como parte de sus políticas en esta materia, ha suscrito con el municipio en cuestión un convenio para “aunar esfuerzos” que permitan la construcción de una red de acueducto que sirva para beneficiar a todas las veredas que comprende el área del proyecto⁴². No obstante, a renglón seguido precisa que “la obligación de abastecimiento de agua es responsabilidad del Estado en cabeza de los entes territoriales”⁴³, y no de la empresa, por lo que concluye que “no está obligada a atender el suministro de agua” reclamado ni es “responsable de la pésima calidad de la misma”⁴⁴.

La Corte, en la *ratio decidendi* de la sentencia, hace eco de estas afirmaciones y en lo demás, no constata el grave e inminente perjuicio irremediable alegado, al encontrar que las autoridades municipales han adelantado las gestiones necesarias para garantizar el del derecho de acceso al agua. Una conclusión a la que también llega al encontrar que, aun cuando la autoridades competentes han adelantado las investigaciones necesarias para determinar la responsabilidad de la empresa por el grado de contaminación de las fuentes de agua y se han

40 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-061 de 2017. Fundamento jurídico 1-2.

41 *Ibidem*. Fundamento jurídico 5.1.1.2.

42 *Ibidem*. Fundamento jurídico 5.1.1.4.

43 *Ibidem*. Fundamento jurídico 5.1.1.4.

44 *Ibidem*. Fundamento jurídico 5.1.1.11.

impuesto las órdenes administrativas para la protección del medio ambiente, no existe acto que sancione o exima de responsabilidad a la empresa⁴⁵.

La responsabilidad social empresarial aparece en este punto de la decisión, cuando la Corte reconoce que el incumplimiento de “las obligaciones de adopción de medidas de corrección, mitigación, prevención y compensación por daño ambiental, establecidas en la ley [...] genera la responsabilidad ambiental de la empresa; lo cual está directamente relacionado, entre otros, con las políticas de responsabilidad social que debe cumplir Ecopetrol, a fin de evitar afectación al medio ambiente” (5.11.2.). Y como quiera que reconoce los riesgos sobre el medio ambiente que los proyectos de exploración y explotación de hidrocarburos generan, (5.13), recalca como “innegable que el otorgamiento por parte del Estado de autorizaciones” para desarrollar estas actividades, “genera para la entidad beneficiaria, responsabilidad ambiental y unos deberes de prevención y control de los factores de deterioro ambiental y la adopción de las medidas de protección”⁴⁶.

A esto agrega que a la empresa “le corresponde [...] asumir una responsabilidad social, lo cual implica una serie de restricciones y responsabilidades que contribuyen a que sea no solo deseable sino necesaria la adopción e implementación de medidas de responsabilidad social empresarial, así como el cumplimiento de los compromisos que voluntariamente se han adquirido en el marco de tales iniciativas”⁴⁷. En ese orden, establece finalmente que “empresas como Ecopetrol S. A., deben asumir prácticas relacionadas con el ejercicio de la responsabilidad ambiental, social y ética que coadyuven con el respeto de los derechos humanos, como una expresión de transparencia y solidaridad en armonía, con los principios fundantes de nuestro Estado Social de Derecho”⁴⁸.

Frente a esta decisión, la magistrada Gloria Stella Ortiz formuló una aclaración de voto en la que cuestiona la afirmación de la sentencia sobre que las afectaciones o menoscabo sobre el medio ambiente que produzcan las actividades de la empresa “generan una responsabilidad social y de ética empresarial para Ecopetrol”. Esto por cuanto, a su juicio, “la sentencia incurre en un yerro al confundir la responsabilidad ambiental con la social-empresarial, pues el incumplimiento de las normas ambientales genera consecuencias sancionatorias

45 *Ibidem*. Fundamento jurídico 5.10.

46 *Ibidem*. Fundamento jurídico 5.14.

47 *Ibidem*. Fundamento jurídico 5.14.1.

48 *Ibidem*. Fundamento jurídico 5.1.42.

e incluso penales, lo cual difiere completamente de la noción de responsabilidad social de la empresa, pues esta es una herramienta de gestión que se adopta *motu proprio* con el fin de generar un impacto en la sociedad, distinto al beneficio o utilidad económica que pueda representar para la empresa”⁴⁹.

La sentencia muestra con nitidez cómo la garantía de los derechos humanos sigue siendo atribuible al Estado y solamente es a las empresas en cuanto se haya acreditado el incumplimiento de las obligaciones legales y administrativas que le hayan sido impuestas. Aun así, resulta vital en la construcción dogmática que se explora, en cuanto formula una suerte de complementariedad entre la responsabilidad legal y la responsabilidad social empresarial en materia ambiental. Pues, antes que confundir entre ellas, lo que hace es crear una regla jurisprudencial desde la cual la responsabilidad social empresarial es corolario de la responsabilidad legal ambiental de las empresas, para coadyuvar en el propósito de hacer efectivo el respeto de los derechos humanos.

3.3. EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA

Muy relevantes son los dos casos de tutela en los que se ha tratado el derecho a la vivienda digna donde tanto la responsabilidad social empresarial como los Principios Rectores han servido claramente como fundamento de la decisión.

La responsabilidad social empresarial como norma autovinculante

En la Sentencia T-871 de 2014, la Corte Constitucional protegió “el derecho a la vivienda digna de un grupo de personas en situación de desplazamiento que habían ocupado y construido sus viviendas en un predio en el que posteriormente se halló un yacimiento de petróleo”, cuyo desalojo se había ordenado por la administración local para permitir el desarrollo de un proyecto de explotación que se había autorizado en favor de una empresa.

Dentro de los fundamentos de la decisión, la Corte reiteró su jurisprudencia referente al derecho a la vivienda digna, sobre todo cuando se trata de personas en situación de desplazamiento, refiriéndose a los fundamentos constitucionales de la función social de la empresa y de la responsabilidad social empresarial.

49 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-061 de 2017. Salvamento de voto de la magistrada Gloria Stella Ortiz.

Sobre esta última, en efecto, el juez constitucional luego de retomar diferentes conceptos que la explican (*i. e.*, Comisión Europea⁵⁰ y la Guía Técnica Colombiana de Responsabilidad Social⁵¹), y de señalar los ámbitos sobre los cuales se proyecta (*i. e.*, laboral, económico, social y ambiental), destaca la complementariedad de las fuentes en las que se soporta (*e. g.*, tratados y recomendaciones, instrumentos de *soft law* y el derecho interno) y el deber reforzado de obediencia que impone, derivado del principio de sometimiento voluntario. Con base en lo anterior define la responsabilidad social empresarial como:

[...] una integración de gestiones empresariales o corporativas que se preocupan por el impacto ambiental y social de sus operaciones, así como por la interacción con agentes interesados, dando lugar a una serie de políticas y lineamientos que las empresas suelen adoptar de forma discrecional o facultativa, en forma de *soft law*, siendo factible que provengan de normas de naturaleza obligatoria⁵².

En adición, aunque afirma que el concepto de responsabilidad social empresarial no se encuentra establecido explícitamente en la Constitución, estima que su respaldo se encuentra en la función social de la empresa prevista en la Constitución (art. 333). Además, observa que esta es el complemento del núcleo teleológico clásico de la empresa (ánimo de lucro). Por esto, además de recoger lo que ha señalado sobre la responsabilidad social empresarial en otras decisiones, concluye que a pesar de la eficacia altamente dependiente de la voluntariedad, las obligaciones derivadas de la responsabilidad social empresarial se pueden convertir en vinculantes cuando son una proyección o manifestación de un deber constitucional⁵³.

50 “[...] las compañías integran preocupaciones sociales y ambientales en sus operaciones de negocios y en su interacción con las personas o grupos de interés (los denominados *stakeholders*) de manera voluntaria”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-781 de 2014. Fundamento jurídico 4.5.1.

51 “El compromiso voluntario que las organizaciones asumen frente a las expectativas concertadas que en materia de desarrollo humano integral se generan con las partes interesadas y que, partiendo del cumplimiento de las disposiciones legales, les permite a las organizaciones asegurar el crecimiento económico, el desarrollo social y el equilibrio ecológico”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-781 de 2014. Fundamento jurídico 4.5.1.

52 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-781 de 2014. Fundamento jurídico 4.5.1.

53 Así cuando afirma “[...] la libertad de empresa tiene también una dimensión de función social, lo cual implica una serie de restricciones y responsabilidades que contribuyen a que sea no solo deseable sino necesaria la adopción e implementación de medidas de responsabilidad

Con base en esas consideraciones, al resolver el caso concreto reconoce la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentran las personas que habitan territorios susceptibles de algún tipo de explotación minera, lo cual determina para las empresas el deber de propender por la realización de los derechos fundamentales de aquellas⁵⁴. De tal manera dice el Tribunal, “[...] se cumple con la responsabilidad social empresarial en la medida en que se propenda por el desarrollo humano integral –solidaridad, dignificación del trabajo, respeto por el medio ambiente– y se genere un verdadero crecimiento económico y social de la comunidad donde se realiza dicha inversión”⁵⁵.

En ese orden precisa: “De esta manera, el contenido y alcance de las medidas de responsabilidad social empresarial (i) guardarán conformidad con el espíritu de la Constitución Política; además, (ii) cumplirán su papel complementario –con respecto a la consecución de los fines del Estado– y de apoyo a las autoridades del orden nacional, departamental y municipal, en materia de concreción de derechos fundamentales”⁵⁶. Y aunque se ordena en todo caso la reubicación de la comunidad, por hallarse en los predios de propiedad privada, reitera, con relación a la responsabilidad social empresarial, que las empresas que se dedican a la actividad de extracción de recursos naturales no renovables, están llamadas a materializar el deber de función social, “mediante diversas alternativas que realice el contenido de los derechos humanos, como la generación de proyectos productivos y que contribuyan de manera efectiva al desarrollo de las zonas que sufren el impacto de la actividad que realizan”⁵⁷.

Finalmente, en las conclusiones y decisiones por adoptar, advierte “que las medidas y programas de responsabilidad social empresarial cumplen un papel importante en la realización de los fines del Estado, ya que complementan y apoyan las acciones estatales dirigidas a realizar principios y derechos constitucionales”⁵⁸.

Esta sentencia, acaso la más relevante en cuanto a la precisión del alcance de la responsabilidad social empresarial, aunque no se sirvió de ella para formular

social empresarial, así como el cumplimiento de los compromisos que voluntariamente se han adquirido en el marco de tales iniciativas”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-781 de 2014. Fundamento jurídico 4.5.3.

54 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-781 de 2014. Fundamento jurídico 5.2.6.

55 *Ibidem*.

56 *Ibidem*. Fundamento jurídico 5.2.6.

57 *Ibidem*.

58 *Ibidem*. Fundamento jurídico 6.8.

las órdenes para la tutela del derecho vulnerado, es muy valiosa dentro de la construcción jurisprudencial que se explora, por cuanto ahondó en las razones por las cuales su fundamento constitucional se encuentra en la función social de la empresa, desde la cual se irradia un refuerzo a los deberes de las empresas frente a los derechos humanos individuales y colectivos de las personas a quienes afecta su actividad. Una consideración que como se afirmaba atrás, no sólo es significativa para el entendimiento de la responsabilidad social empresarial, sino que además abre paso a una interpretación constitucional de la función social como elemento connatural a la empresa.

El valor normativo de los Principios Rectores

Sobre el derecho a la vivienda digna, algo similar se aprecia con relación a los Principios Rectores en la Sentencia T-732 de 2016, en la que la Corte Constitucional revisó y confirmó parcialmente la sentencia de instancia mediante la cual se tuteló tal derecho de una familia que habitaba en las inmediaciones de una carretera altamente transitada por vehículos de carga pesada vinculados a la construcción de un oleoducto.

Para llegar a esta decisión, la Corte no solo retomó su jurisprudencia consolidada sobre el derecho a la vivienda digna y otros argumentos jurídicos y fácticos relacionados con el caso, sino que además incluyó un análisis, el más significativo hasta ahora observado, de los Principios de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos.

A su respecto, en las consideraciones de la sentencia, la Corte destacó el proceso de formulación de estos, su importancia y fundamento y contenidos generales. Además, resaltó el contenido de sus tres pilares, para realzar con relación a los que apuntan a las empresas (respetar y reparar), el significado, alcance y medidas que se derivan de la debida diligencia (principios 15, 17 y 19) y de los mecanismos de reparación y los procedimientos dialógicos que por aplicar para su definición (principios 25 y 31)⁵⁹. Por último, el juez constitucional se refiere al Plan Nacional de Acción elaborado por la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos porque, según el tribunal, este era el instrumento que concretaba la aplicación de los Principios Rectores dentro del ámbito interno del Estado⁶⁰.

59 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-732 de 2016. Fundamentos jurídicos 41 y 42.

60 *Ibidem*. Fundamentos jurídicos 43 y 44.

Ahora bien, lo que resulta más sobresaliente de esta sentencia, es lo que observa la Corte constitucional al momento de resolver el caso concreto. Así cuando estima que, si bien el fallo de primera instancia acertó al atribuir responsabilidad por la vulneración del derecho a la vivienda a las autoridades locales, no lo hizo cuando excluyó de la misma a la empresa. Por esto, luego de afirmar abiertamente que en “el marco de un Estado Social de Derecho, que promociona la igualdad [...] los derechos no generan únicamente obligaciones en cabeza del Estado”⁶¹, de lo cual da cuenta la posibilidad de interponer tutela contra particulares.

Pues, aunque los Principios Rectores “no constituyen un nuevo tratado de derechos humanos”, ni crean “nuevos derechos o nuevas obligaciones”, sí “concretan en qué se traduce la obligación de protección del Estado y la obligación de respeto de los derechos que recae sobre todos los particulares”. En ese orden, encuentra que los denominados Principios Ruggie, “son una herramienta hermenéutica relevante” o un “criterio interpretativo para abordar el caso concreto, de conformidad con las normas que son vinculantes y la jurisprudencia de esta Corporación”⁶². De lo anterior, resaltó que

[...] las actividades empresariales no pueden estar desconectadas de la eficiente protección de derechos humanos. Si bien los particulares no tienen funciones propias de las autoridades estatales, sí tienen el deber de respetar los derechos y no causar daños y, en caso de que lo hagan, deben repararlos. La actividad empresarial no está aislada de la primacía de los derechos, máxime cuando las iniciativas privadas tienen un apoyo del Estado o son de su propiedad. Como lo exponen los Principios de Naciones Unidas, el Estado debe optar por la garantía de derechos desde todas sus facetas, como autoridad estatal o como participe en una empresa que tiene fines comerciales, sin importar el régimen que tenga. Debe ser un ejemplo en respeto de derechos⁶³.

Asimismo, desde los Principios Rectores subrayó el deber de deliberación, coordinación y diálogo entre las autoridades públicas, las empresas y las comunidades cuando existe una afectación a los derechos causada por la acción de las empresas que operan con el permiso y bajo la vigilancia de las autoridades

⁶¹ *Ibidem*. Fundamento jurídico 52.

⁶² *Ibidem*. Fundamento jurídico 52.

⁶³ *Ibidem*. Fundamento jurídico 62.

públicas⁶⁴. Y con base en estos razonamientos, frente a la vulneración del derecho fundamental establecida, aparte de las obligaciones incumplidas y de las órdenes que impone al Estado, determina que, según los Principios Rectores, la empresa también tenía una responsabilidad directa por lo que le ordena adoptar medidas concretas destinadas a su reparación⁶⁵.

Es evidente que con los Principios Rectores la Corte encuentra una fuente normativa más sólida para asignar deberes de respeto de las empresas frente a los derechos humanos, con lo que se viene a completar el conjunto de garantías con que se deben proteger en su ejercicio y ante su violación.

4. DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y AFROCOLOMBIANAS

Aunque la jurisprudencia en torno de los derechos de las comunidades etno-culturalmente diferenciadas es extensa, los conceptos explorados apenas se han utilizado para el caso de vulneración del derecho a la consulta previa y del debido proceso.

4.1. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

Dos decisiones son a este respecto destacables: las sentencias T-129 de 2011 y la SU-123 de 2018.

64 “[...] se observa una falta de diálogo con las autoridades ambientales, municipales y con los afectados. Como lo señalan los Principios de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos, las empresas y las autoridades deben dialogar con las comunidades vulnerables y, además, ‘una empresa no puede, legítimamente, ser a la vez objeto de quejas y resolverlas unilateralmente, estos mecanismos deben tratar de alcanzar soluciones negociadas a través del diálogo’. Por lo tanto, la Sala nota la importancia de una actuación más coordinada de la autoridad ambiental con la empresa, las autoridades y la población”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-732 de 2016. Fundamento jurídico 64.

65 En efecto, estableció que Oleoducto Central S. A., “en el término de cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la comunicación”, se pusiera “en contacto con el actor, el municipio de Miraflores y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales”, para presentar “un plan de reparación o reubicación definitiva de la familia, en un lugar que cumpla con las condiciones de vivienda digna y en un espacio similar al que habitaban, con aquiescencia del actor”. Además la insta “a tomar medidas preventivas en relación con los posibles daños que pueda causar a viviendas que tienen la misma situación que la del accionante”. (Ver: *ibidem*. Resuelve, Tercero).

La consulta previa, los proyectos de infraestructura y la responsabilidad social empresarial

En la Sentencia T-129 de 2011, la Corte revisó la tutela interpuesta por indígenas pertenecientes a la etnia Embera Katío ubicadas al norte del Chocó, interpuesta en razón de: “(a) los trabajos correspondientes a la construcción de una carretera que atravesaría los resguardos; (b) el proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá; (c) y los trámites relativos a la concesión para explotación de oro”. Lo anterior en cuanto tales actividades, afectaban sus derechos fundamentales a la consulta previa, a la participación, a la propiedad colectiva y a la integridad étnica y cultural⁶⁶.

En sus consideraciones generales, la sentencia incluye diversas referencias en las que se subrayan no sólo las obligaciones del Estado, sino también los deberes constitucionales correlativos al ejercicio de los derechos, esta alusión sólo deriva en obligaciones para aquél quien es el encargado de asegurar su cumplimiento⁶⁷. Con todo, en la solución del caso concreto se aprecian en ella dos referencias a la responsabilidad social empresarial que conviene resaltar.

La una se produce con ocasión de la solicitud de la empresa encargada del proyecto de energía eléctrica (ISA) de que el tribunal tuviera en cuenta que la mayor parte de sus actividades estaban orientadas por la responsabilidad social empresarial⁶⁸, lo cual se acepta por la Corte para determinar que se abstendría “de efectuar orden alguna a las entidades implicadas en el proyecto de interconexión eléctrica”⁶⁹. Pero eso sí con la advertencia que plasma también en la resolutive de la sentencia, de que “en el evento de que el proyecto sea viable y si en el proceso de planificación se advierte la potencialidad de afectar a las comunidades étnicas accionantes de inmediato”, la empresa “gestione la participación por medio del proceso de consulta previa [...] con mayores

66 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-129 de 2011. Fundamento jurídico 2.1.

67 *Ibidem*. Fundamentos jurídicos 4, 5 y 6.

68 Dentro de las cuales estaban: i) el diseño de sus redes de transmisión de tal manera que invadieran lo menos posible los territorios indígenas, ii) haber consultado sus proyectos con las comunidades afectadas (grupos étnicos o no) y iii) haber modificado el diseño de redes de energía para evitar afectar territorios considerados como sagrados por algunos grupos étnicos. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-129 de 2011. Fundamento jurídico 9.5.2.

69 *Ibidem*. Fundamento jurídico 9.5.3.

prevenciones a las que ha tenido en el pasado en cuanto a la protección de comunidades”⁷⁰.

La segunda referencia se produjo luego de identificar el incumplimiento estatal de la obligación de procurar por la protección del ambiente sano con especial incidencia sobre las comunidades y su supervivencia y de anunciar las órdenes correspondientes, cuando precisa:

[...] que lo que está de por medio es el desarrollo sostenible y el crecimiento económico como un todo; por ello, el ejercicio de la actividad económica debe sujetarse a las normas ambientales expedidas con el objetivo de mantener un medio ambiente sano a través de un desarrollo económico razonable y con el control de las autoridades ambientales. De esta forma también se requiere el compromiso y la responsabilidad social de las empresas, para lo cual es importante aclarar que ser socialmente responsable no se traduce en cumplir únicamente las obligaciones jurídicas, sino que es deseable, dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, que la iniciativa privada vaya más allá del mero cumplimiento de la obligación legal, buscando la retribución al medio o entorno del cual deriva la riqueza económica, es decir, el desarrollo de las comunidades en que se trabaja y mitigar el impacto negativo en las mismas⁷¹.

Aunque esta significativa consideración no se concreta en orden alguna para la empresa, revela cómo la Corte va descubriendo el papel protagónico de las empresas en la realización o no de los derechos humanos de las personas y comunidades afectadas por su actividad. Y cómo la libertad que ejercen no sólo se delimita por las obligaciones dispuestas desde el principio de legalidad, sino además por el tipo de desarrollo económico que la Constitución establece como expresión de la naturaleza social y de derechos atribuida al Estado.

La consulta previa, la debida diligencia y la proporcionalidad de los Principios Rectores

La Sentencia de unificación SU-123 de 2018 revisa la tutela presentada por la Gobernación del Cabildo Indígena Awá La Cabaña contra las autoridades nacionales (el Ministerio del Interior y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales) y una empresa petrolera (Consortio Colombia Energy), al no

⁷⁰ *Ibidem*. Fundamento jurídico 9.5.3 y resolutive sexta.

⁷¹ *Ibidem*. Fundamento jurídico 9.7.6.

haberse realizado la consulta previa para autorizar la exploración y explotación de hidrocarburos que se adelantaba en su territorio.

Como ingrediente fáctico del caso se destaca el hecho de que la concesión petrolera se otorgó, entre otras, a partir de la certificación del Ministerio del Interior en la que se indicaba que en el área de influencia directa del proyecto no existía presencia de comunidades étnicas. Por ello la Corte fijó como problemas jurídicos por resolver, si una tal certificación eximía de la obligación de adelantar la consulta previa y de no ser este el caso y declararse vulnerado el derecho, cuál era el remedio judicial apropiado, “en particular teniendo en cuenta que el proyecto ya está iniciado [...]”⁷².

Para resolverlos, además de analizar las distintas facetas del derecho en cuestión, la Corte también desarrolla un apartado sobre “la debida diligencia de los particulares y en especial de las empresas frente al derecho a la consulta previa”⁷³, en el cual señaló:

Aunque la responsabilidad esencial frente a la consulta previa es del Estado, eso no implica que los particulares, y en particular las empresas, no tengan deberes frente a este derecho fundamental. Esta conclusión deriva no sólo del efecto frente a terceros que tienen los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional colombiano sino también en el reconocimiento por el derecho internacional de los derechos humanos de que las empresas tienen ciertas obligaciones frente a los derechos humanos, que no son equivalentes a las de los Estados pero que distan de ser menores e irrelevantes⁷⁴.

A partir de aquí, precisa el alcance del estándar de la debida diligencia, que fundamenta en diversas fuentes del Derecho Internacional. Son ellas, los Principios Rectores, en particular, el Principio 17 sobre “la debida diligencia en materia de derechos humanos”, que deben tener las empresas en esa materia, “a fin de identificar, prevenir, mitigar y responder a las consecuencias negativas de sus actividades”⁷⁵. Además, la sentencia de la Corte IDH del caso Pueblos Kaliña Lokono (2015) en la que tuvo en cuenta lo previsto en los Principios Rectores⁷⁶.

⁷² *Ibidem*. Fundamento jurídico 4.1.

⁷³ *Ibidem*. Fundamento jurídico 13.

⁷⁴ *Ibidem*. Fundamento jurídico 13.1.

⁷⁵ *Ibidem*. Fundamento jurídico 13.2.

⁷⁶ *Ibidem*. Fundamento jurídico 13.2.

También incluye la Observación General número 24 del Comité DESC de Naciones Unidas sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, en la que igualmente se contempla la debida diligencia con base en el cual las empresas “deberán celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de las instituciones representativas de los pueblos indígenas [...]”, a los efectos de “permitir la identificación de los posibles efectos negativos de las actividades y de las medidas a fin de mitigarlos y contrarrestarlos” y “propiciar la creación de mecanismos de participación en los beneficios derivados de las actividades”⁷⁷. Y los informes de 2010 y 2014 del Relator Especial para los derechos humanos y las libertades de los pueblos indígenas, en los cuales se precisa que a más los deberes generales, se configura el estándar mínimo de debida diligencia, en el reconocimiento, sobre las tierras, territorios y recursos naturales, y en consultar⁷⁸.

Estos, conforme su jurisprudencia⁷⁹, sirven a la Corte como “referentes razonables para valorar la actuación de las empresas en relación con el deber de desarrollar la consulta previa”, “como criterio hermenéutico relevante para establecer el alcance de la protección de los derechos fundamentales”⁸⁰. Y también como parámetro para “adecuar las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares a los principios constitucionales de buena fe (artículo 83 C. P.) y confianza legítima, pues otorgan estabilidad a los actores involucrados en relación con los lineamientos y criterios que deben seguir para cumplir con los mandatos de la consulta previa”⁸¹.

Con base en el estándar señalado, la Corte examina entonces si se vulneró el derecho a la consulta previa por parte de la empresa, no sin antes precisar que la definición de la debida diligencia debe ser valorada “teniendo en cuenta los valores constitucionales en tensión”, conforme al principio de proporcionalidad. Esto permite, por lo demás, “encauzar la discrecionalidad del juez a la hora de asignar los remedios eficaces para proteger el derecho a la consulta previa”⁸².

77 *Ibidem*. Fundamento jurídico 13.2.

78 *Ibidem*. Fundamento jurídico 13.5.

79 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-715 de 2012 y C-327 de 2016.

80 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-123 de 2018. Fundamento jurídico 13.6.

81 *Ibidem*. Fundamento jurídico 13.9.

82 *Ibidem*. Fundamento jurídico 13.7.

Así pues, en el estudio del caso concreto, se determina que la empresa no había cumplido con “los parámetros de debida diligencia que le correspondían”⁸³ y que con tal incumplimiento vulneró “los contenidos esenciales del derecho fundamental a la consulta previa” y además puso “en tela de juicio la buena fe con que deben actuar las compañías explotadoras dedicadas a la actividad minero-extractiva”⁸⁴. Más en aplicación del principio de proporcionalidad que debe servir para la definición del remedio judicial, no ordena en principio la suspensión de la exploración petrolera, como quiera que no era del interés de los tutelantes, ni era evidente que la misma fuera necesaria para restaurar los derechos vulnerados⁸⁵.

Conviene finalmente subrayar que, frente al empleo del estándar de la debida diligencia como “parámetro para establecer la vulneración del derecho a la consulta previa y para determinar el remedio judicial correspondiente”⁸⁶, en la aclaración de voto del magistrado Carlos Bernal Pulido se advirtió: i) Que este “necesariamente debe considerar que la gestión de las empresas se encuentra condicionada por el marco normativo que regula e impone los trámites a seguir en estos casos, y limitada por la capacidad institucional de las entidades públicas encargadas de adelantar los procedimientos correspondientes. Y ii) que la “valoración de estas restricciones es necesaria para no incurrir en exigencias desproporcionadas y evitar la incertidumbre jurídica que tal situación podría generar”⁸⁷. Con ello, no cuestionó el fundamento normativo del estándar, pero sí los límites a que se somete su aplicación, en cuanto se enfrenta con el principio de legalidad, de seguridad jurídica y por tanto con el principio *pro libertate* que amparan a la empresa.

Aunque podría cuestionarse el hecho de que la responsabilidad de la empresa que se declara por incumplimiento del estándar de debida diligencia no genera órdenes concretas sobre ella, esta sentencia tiene la virtualidad de establecer la fundamentación que desde el bloque de constitucionalidad poseen los Principios Rectores, en particular el de la debida diligencia, que sin duda se yergue como la columna vertebral que estructura la responsabilidad de las empresas frente a los derechos humanos.

83 *Ibidem*. Fundamentos jurídicos 23.1-23.5.

84 *Ibidem*. Fundamento jurídico 23.6.

85 *Ibidem*. Fundamento jurídico 25.6.

86 *Ibidem*. Aclaración de voto del magistrado Carlos Bernal Pulido.

87 *Ibidem*.

4.2. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y LOS PRINCIPIOS RECTORES

La Sentencia T-011 de 2019 revisó la tutela instaurada por la comunidad indígena Mokaná del resguardo Colonial de Tubará contra la Agencia Nacional de Tierras, otras autoridades públicas y los proyectos empresariales que se adelantan sobre el territorio que habitan. Lo anterior, por considerar vulnerado el derecho fundamental al debido proceso, con ocasión del despojo de “las tierras que tradicionalmente han ocupado durante varios años, como consecuencia de sentencias judiciales, a través de las cuales se han otorgado títulos de propiedad sobre aquellos terrenos, que presuntamente pertenecen a su resguardo”⁸⁸.

Al estudiar el asunto, la Corte encontró que la queja constitucional formulada planteaba no solo problemas jurídicos con relación al debido proceso sino también respecto del derecho a la consulta previa. Así pues, con relación al derecho a la consulta previa, la Corte retomó lo establecido en la sentencia SU-123 de 2018, incluido lo señalado en ella con relación a la eventual responsabilidad de las empresas frente a la consulta previa, basada en los Principios Ruggie y en el deber de la debida diligencia en materia de derechos humanos. Sin embargo, al momento de pronunciarse sobre el fondo del asunto, la Corte no hace uso de tales fundamentos, en cuanto su análisis se concentra en la necesidad de proteger el derecho al debido proceso administrativo, desde la clarificación de la propiedad y en las obligaciones del Estado frente a la consulta previa.

Respecto al derecho al debido proceso, el tribunal encuentra que en efecto las autoridades encargadas habían sido negligentes en adelantar los trámites necesarios dentro del proceso de clarificación iniciado por el resguardo. Esta tarea, empero, al exceder la competencia de la Corte, determina como orden principal de la sentencia que la entidad competente lo tramite dentro de un cierto término. Solo entonces se podrá dilucidar la legalidad o no de las “sentencias judiciales, a través de las cuales se han otorgado títulos de propiedad sobre aquellos terrenos que presuntamente pertenecen a su resguardo”⁸⁹.

Por lo demás, con relación a las obras y actividades que se adelantan sobre el territorio, el juez constitucional igualmente determina que se vulneró la

88 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-011 de 2019. Fundamento jurídico 7.b.

89 *Ibidem*. Fundamento jurídico 20.

consulta previa, al establecer que las autoridades competentes al autorizarlas, “no verificaron la presencia de grupos étnicos en la zona a construir”⁹⁰ y que además dichos proyectos generaban una afectación directa sobre la comunidad.

No obstante, como se ha dicho, las órdenes que se adoptaron se dirigieron hacia las autoridades públicas con competencia, sin que se dispusiera deber de hacer o no hacer ninguno por parte de las empresas involucradas en los proyectos en ejecución dentro del territorio reclamado. Y al contrario, producto de la decisión de proteger el derecho al debido proceso desde la clarificación de la propiedad, no se atendieron las peticiones de protección de los demandantes y, en ese tanto, mientras dicho proceso se adelanta, se mantienen los efectos de las sentencias de los jueces civiles que habían declarado la prescripción extraordinaria de dominio sobre terrenos que hacen parte del territorio del resguardo, así como el desarrollo de todas las obras que se estaban adelantando dentro de él.

Con ello, lo que se hace manifiesto es que o bien no se siguió el precedente de la sentencia SU-123 de 2018, o bien se sinceró su significado con relación a la responsabilidad de las empresas frente a los derechos humanos, en el sentido de que su reconocimiento es meramente programático, sin capacidad para generar deberes exigibles, que puedan por lo demás, afectar los derechos e intereses de aquellas, así se hallan consolidado a partir de actos u omisiones administrativas violatorias de derechos fundamentales.

5. EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: TRECE REGLAS CONSTITUCIONALES

De la jurisprudencia presentada se pueden reconocer trece reglas constitucionales sobre la relación entre las empresas y los derechos humanos. Aunque se puede objetar que la mayor parte de la jurisprudencia sobre la responsabilidad social empresarial y los Principios Ruggie se ha construido a partir de casos sobre minería, es importante reconocer que el tribunal desarrolló y confirmó eficacia práctica tanto a la responsabilidad social empresarial como a los Principios Ruggie. Por esa razón, a partir de la jurisprudencia constitucional reseñada se pueden señalar estas reglas.

⁹⁰ *Ibidem*. Fundamento jurídico 27.

La primera es la regla de *conurrencia*. Esta regla indica que la responsabilidad social empresarial contiene elementos centrales que coinciden (concurren) con los principios y reglas de la configuración constitucional del Estado Social de Derecho. Eso significa que, a pesar de que la responsabilidad social empresarial suele ser el resultado de iniciativas voluntarias por parte de las empresas, esta también contiene elementos que son definitorios en el comportamiento que deben tener los actores económicos dentro de un Estado social de derecho.

En segundo lugar, se infiere la regla de la *concreción de los deberes constitucionales*. Según esta regla, la relación entre la empresa y los derechos humanos se construye a partir de la introducción de los deberes constitucionales, pues más allá de la ley, el ejercicio de las libertades económicas está delineado por los otros bienes constitucionales con que se articula. En concreto, la responsabilidad social empresarial implica prácticas que son concreción de deberes constitucionales propios de los actores con posibilidad de influir en el desarrollo en concreto de derechos fundamentales.

En tercer lugar, la regla de *conexidad*. Bajo este parámetro, la responsabilidad social empresarial implica prácticas que tienen íntima conexión con la actividad productiva que despliega cada empresa, con los grupos de interés con que se involucra el actor privado y con los principios axiales del Estado social (*i. e.*, la solidaridad).

En cuarto lugar, se puede colegir la regla de *complementariedad*. Bajo esta regla se indica que la responsabilidad social empresarial complementa los principios, deberes y obligaciones constitucionales relacionados con la protección de los derechos humanos y la construcción del Estado Social de Derecho. De manera que la responsabilidad social empresarial no es igual al Estado de Derecho, al sometimiento a la ley o al respeto por los deberes legales o constitucionales por parte de las empresas. Mucho más allá, la responsabilidad social empresarial complementa esas obligaciones básicas generales que se derivan de la simple actuación en sociedad para avanzar hacia un plus que pretende retribuir, mejorar o proteger a las comunidades impactadas por la acción empresarial y a toda la sociedad.

En quinto lugar, se infiere la regla de la *eficacia constitucional*. Como consecuencia de las primeras cuatro reglas surge esta quinta regla, según la cual, los elementos de la responsabilidad social empresarial que, con base en las fuentes de derecho internacional *soft law* o pactos empresariales, son *ab initio* voluntarios, adquieren eficacia y fuerza vinculante con base en la fuente constitucional.

En sexto lugar, la regla de la *integración de los derechos fundamentales*. Según esta regla, el hecho de que una actividad sea fruto de la ejecución de un

programa de responsabilidad social empresarial no obsta para que la misma involucre la concreción de los derechos fundamentales. Cuando un plan o programa de la responsabilidad social empresarial no involucre el contenido de los derechos fundamentales, estos se deben entender integrados implícitamente en el diseño y ejecución de cada plan o programa.

En séptimo lugar, la regla del respeto a los *límites constitucionales*. Según esta regla, el hecho de que una actividad sea fruto de la ejecución de un programa de responsabilidad social empresarial no obsta para que la misma deba respetar los límites de índole constitucional.

En octavo lugar, la regla de *participación*. Según esta regla, la responsabilidad social empresarial tiene como actores principales a las empresas. Sin embargo, es dable ampliar el compromiso social a *stakeholders*—en terminología de las Naciones Unidas— como la sociedad civilmente organizada, el Estado, los sindicatos, las organizaciones con interés social, ONG y organizaciones comunitarias, entre otros.

En noveno lugar, la regla de *apertura* que indica que la responsabilidad social empresarial no se agota en este tipo de programas. Es decir, se ejerce la responsabilidad social empresarial de manera transversal en toda la actividad de los actores privados.

En décimo lugar, se concibe la responsabilidad social empresarial como un mecanismo que pretende establecer que la empresa no solo tiene como base teleológica la obtención del lucro, sino que este objetivo debe ser complementado con la contribución esencial y definitiva de las empresas a la plena protección de los derechos humanos. Eso implica que el individuo mismo es el pilar fundamental tanto de las relaciones sociales como de aquellas que se desarrollan dentro del marco empresarial. Por esa razón, en la responsabilidad social empresarial también opera el principio *pro persona* de interpretación de los planes y programas en que esta es diseñada e implementada.

La regla número once también es de tipo *interpretativo* y se refiere a que la responsabilidad social empresarial y los Principios Ruggie son un criterio relevante de interpretación de todas las normas aplicables a un caso concreto que se encuentra dentro de la agenda de la Corte Constitucional cuando tal caso involucra la vulneración de derechos humanos por parte de las empresas.

En duodécimo lugar, la *regla de coordinación* impone que las autoridades, las empresas y las comunidades creen mecanismos de coordinación, deliberación y diálogo para la aplicación de los Principios Ruggie a casos concretos que involucran la vulneración de derechos humanos por parte de las empresas.

Finalmente, la regla del *pragmatismo*. Según este parámetro, los Principios Ruggie ya plantean dentro de sus consideraciones la importancia de remediar los derechos humanos cuando estos se encuentren en riesgo o se hayan violado. Por lo cual, en el ámbito jurisprudencial, la Corte denota una importante regla y es el rol del juez constitucional en la construcción pragmática de estos mecanismos con miras a una reparación y a una actuación eficaz ante la vulneración de los derechos humanos por parte de las empresas.

TABLA 1. REGLAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
SOBRE LA APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL
Y LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

	Regla	Concepto	Sentencia(s) en las que se encuentra
1	Concurrencia	Elementos de la RSE coinciden con elementos del Estado Social de Derecho	T-247 de 2010 C-608 de 2010
2	Concreción de los deberes constitucionales	La RSE concreta obligaciones generales de fuente constitucional	T-871 de 2014 C-150 de 2015 T-732 de 2016 C-077 de 2017 T-340 de 2017
3	Conexidad	Elementos de la RSE tienen fuerte conexión con elementos constitucionales del Estado Social de Derecho	T-247 de 2010 C-608 de 2010 C-915 de 2010
4	Complementariedad	Contenidos de la RSE complementan deberes constitucionales	T-247 de 2010 T-871 de 2014 T-061 de 2017 T-340 de 2017
5	Eficacia constitucional	Elementos de la RSE adquieren fuerza vinculante por mandato constitucional	C-608 de 2010 T-871 de 2014
6	Integración de los derechos fundamentales	Todo programa de RSE integra (implícitamente) los derechos fundamentales	T-247 de 2010 T-061 de 2017 SU-095 de 2018
7	Respeto a los límites constitucionales	Los programas de RSE no pueden causar o excusar la violación de derechos o deberes constitucionales	T-247 de 2010 T-061 de 2017
8	Participación	La construcción de la RSE debe ampliar la deliberación a la sociedad civil	C-150 de 2015 C-389 de 2016 T-732 de 2016 SU-095 de 2018 SU-123 de 2018 T-011 de 2019

	Regla	Concepto	Sentencia(s) en las que se encuentra
9	Apertura	La RSE es transversal y no se agota en los programas de RSE. Toda la actividad empresarial debe ser social	T-129 de 2011
10	Interpretación <i>pro persona</i>	La protección del individuo es el objetivo de la RSE	SU-123 de 2018
11	Interpretación basada en la RSE y los PR	La RSE y los PR son criterios de interpretación del ordenamiento jurídico	T-871 de 2014 T-732 de 2016
12	Coordinación	Autoridades, empresas y ciudadanos deben coordinar la aplicación de los PR	C-389 de 2016 T-732 de 2016
13	Pragmatismo	Se prefiere la acción más eficaz para proteger derechos	T-871 de 2014

De esa manera, y con este conjunto de trece reglas, se fortalece la protección y las garantías de los derechos humanos en su relación con las empresas creando un apego pragmático a las soluciones dinámicas y a las prácticas que tengan repercusión en la situación fáctica que se deriva del caso concreto estudiado. La tabla previa pone en relación cada una de estas reglas con la jurisprudencia constitucional descrita y analizada en las secciones anteriores.

6. CONCLUSIONES SOBRE LA NECESIDAD DE UNA JUSTICIA CONSTITUCIONAL FUERTE Y DIALÓGICA PARA AVANZAR EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE A LA ACCIÓN DE LAS EMPRESAS

En el final de nuestro trabajo, es necesario concluir que la justicia constitucional se presenta ante nosotros como un mecanismo institucional necesario e idóneo pero modesto para avanzar en la protección de los derechos humanos por parte de las empresas. Eso es especialmente cierto cuando existe un diseño de la justicia constitucional que combina los mecanismos fuertes de justiciabilidad de los derechos (*strong judicial review*) y, además, la judicatura adopta una postura dialógica respecto de los demás poderes del Estado y las instancias internacionales pertinentes (*weak constitutionalism*).

El Principio Rector 26 se refiere a la existencia de mecanismos judiciales estatales. La tesis de este artículo es que, en relación con la justicia constitucional, la aplicación judicial de los principios exige un diseño de la justicia

constitucional del tipo fuerte de manera que la judicatura constitucional tenga la capacidad de establecer medidas concretas de protección de los derechos humanos que sean eficaces para proteger a las comunidades y para dotar de eficacia concreta a las normas constitucionales, internacionales y a los Principios Rectores relevantes en cada caso.

En buena medida eso es lo que ha ocurrido en Colombia y lo que permite que se hayan establecido las trece reglas mencionadas. Detrás de esas reglas hay casos dramáticos de vulneración a los derechos humanos de comunidades que habitan un Estado que ha adoptado un modelo de extractivismo salvaje que solo ha podido ser moderado por la acción de los jueces constitucionales y, muy especialmente, de la Corte Constitucional.

Dentro de ese diseño, es importante que los mecanismos de acceso a la justicia constitucional sean accesibles tanto en las vías de tutela o amparo como en las vías de control de constitucionalidad. Eso implica que el ciudadano tiene abiertas las puertas de los tribunales y que la ciudadanía, además de la movilización política y social, actúa como motor del litigio en materia de derechos humanos y empresas. Por eso es por lo que, de acuerdo con los Principios Rectores, los Estados “deben asegurarse de no levantar barreras que impidan llevar casos legítimos ante los tribunales, especialmente cuando la vía judicial resulte esencial para la obtención de reparación o no haya otras vías alternativas de reparación”.

Ahora bien, al mismo tiempo que se trata de una justicia constitucional fuerte, esta también debe ser dialógica y deliberativa. Dialógica con las demás autoridades del Estado (regla de coordinación) y con las instancias internacionales que avanzan en la protección de los derechos humanos frente a la acción de las empresas.

Por ejemplo, un diálogo crítico y constructivo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos que incluya la OC-22 de 2016 sobre titularidad de derechos por parte de las personas jurídicas⁹¹, la OC-23 de 2017 sobre derechos humanos y medio ambiente⁹² y con el caso Pueblos Kaliña y Lokono *vs.* Surinam

91 Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A n.º 22, párrs. 70, 71 y 120.

92 Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad

de 2015^[93]. Además, que aplique la Resolución de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) AG/RES. 2840 (XLIV-O/14) sobre la promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial. Finalmente, debe ser dialógica con la ciudadanía y los movimientos de la sociedad civil a nivel nacional y transnacional para que se puedan desarrollar:

Estrategias consolidadas como denunciar en público a los Estados recalcitrantes para estimular su cumplimiento de los derechos humanos son ahora complementadas con nuevas medidas de activismo transnacional que involucran un gran número de actores y objetivos, como los movimientos sociales, los grandes grupos de comunicación, las empresas multinacionales, organizaciones intergubernamentales, universidades y redes activistas virtuales⁹⁴.

Mientras no exista un tratado internacional vinculante sobre la materia, lo cual, de momento, parece lejano por varias razones⁹⁵ y tampoco garantiza la superación de todos los complejos problemas de protección de los derechos humanos que involucra la acción de las empresas, es necesario que la justicia constitucional avance en la eficacia de los instrumentos constitucionales, internacionales y empresariales con base en los fundamentos constitucionales de la libertad de empresa, sus límites y los deberes de estos actores en la protección de los individuos y de los pilares fundamentales de la sociedad.

personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A n.º 23, párrs. 151-155 y 160.

93 Corte IDH. Caso Pueblos Kalina y Lokono vs. Surinam. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C n.º 309, párrs. 223-226.

94 RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR (ed.). *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018, p. 280.

95 “Las propuestas centradas en un tratado vinculante, por ejemplo, podrían deberse en parte a la frustración ante la falta de eficacia de los estándares voluntarios, a la necesidad de reforzar el contenido expresivo y los efectos de las normas internacionales, a la inercia de las doctrinas y los enfoques jurídicos tradicionales, a incomprensiones conceptuales o a una combinación de todas las anteriores”. RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR (ed.). *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018, p. 272.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO MONROY, MARÍA PAULA. Empresas y Derechos Humanos: una responsabilidad en construcción, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 43, n.º 118, 2013.
- BILBA, JUAN MARÍA. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- CLAPHAM, ANDREW. *Human Rights Obligations of Non State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas – Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los Derechos Humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”. Resolución 17/4, de 16 de junio de 2011, A/HRC/17/31.
- DE VEGA GARCÍA, PEDRO. *La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales: la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte*, 2003.
- ECHEVERRI URUBURU, ÁLVARO. Neoliberalismo y derechos humanos, *Revista Iusta*, 2006.
- GALÁN, JUAN RUIZ. Búsqueda de consensos sobre empresas y Derechos Humanos: hacia un instrumento internacional vinculante, *American University Law Review*, vol. 32, n.º 4, 2017.
- GARCÍA HERRERA, MIGUEL ÁNGEL. Poder judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional. En: PERFECTO IBÁÑEZ, ANDRÉS (ed.), *Corrupción y Estado de derecho*, Madrid, Trotta, 1996.
- GOS, TATIANA. La “responsabilidad de respetar” los derechos humanos y el establecimiento del deber de debida diligencia como una obligación legal para las industrias extractivas: desafíos y oportunidades en las Américas, *American University International Law Review*, vol. 32, n.º 4, 2017.
- JULIO ESTRADA, ALEXEI. *La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- MAÍZ, RAMÓN. Deliberación e inclusión en la democracia republicana, *Reis. Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 113, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, España, 2006, pp. 11-47.

Oficina Internacional del Trabajo. Consejo de Administración. Iniciativa InFocus sobre responsabilidad social de la empresa. 295.^a reunión, Ginebra, marzo de 2006.

Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar. Resolución 17/4 del 16 de junio de 2011.

PETKOSKI, DJORDJICA y TWOSE, NIGEL (eds.). *Public Policy for Corporate Social Responsibility*. World Bank Institute. Series on Corporate Responsibility, accountability and sustainable competitiveness. July 7-25, 2003 (consultado: 25 de abril de 2019). Disponible en <<http://web.worldbank.org/archive/website1006/WEB/IMAGES/PUBLICPO.PDF>>

RODRÍGUEZ, CÉSAR (ed.). *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018.

WINKLER, ADAM. *We the Corporations: How American Businesses Won Their Civil Rights*, Liveright Publishing, 2018.

ZUBIZARRETA, JUAN. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa, de la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*, 2009.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-011 de 2019.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-123 de 2018.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-340 de 2017.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-061 de 2017.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-077 de 2017.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-389 de 2016.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-327 de 2016.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-732 de 2016.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-150 de 2015.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-095 de 2015.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-781 de 2014.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-715 de 2012.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-129 de 2011.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-608 de 2010.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-915 de 2010.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-247 de 2010.

Corte IDH. Caso Pueblos Kalina y Lokono *vs.* Surinam. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C n.º 309, párrs. 223-226.

Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A n.º 22, párrs. 70, 71 y 120.

Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A n.º 23, párrs. 151-155 y 160.

JULIÁN
TOLE MARTÍNEZ
Editor

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

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
CON EL APOYO DE LA FUNDACIÓN FORD BRASIL Y EL CONSORCIO
LATINOAMERICANO DE POSGRADO EN DERECHOS HUMANOS

ISBN 978-958-772-XXX-X

© 2019, JULIÁN TOLE MARTÍNEZ (EDITOR)
© 2019, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá
Teléfono (57 1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: septiembre de 2019

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: Óscar Torres Angarita
Composición: Precolombi EU-David Reyes
Impresión y encuadernación:
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

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