

Bogotá D.C, 30 de noviembre de 2022

HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL
REVISIÓN DE ACCIÓN DE TUTELA
M.P. Alejandro Linares Cantillo

Ref. PRESENTACIÓN DE *AMICUS CURIAE* EXPEDIENTE T-8.788.637

Proceso: Revisión Acción de Tutela

Radicado: T-8.788.637

Accionantes: ACAMPANG, AGROPEGU, OFP, FEDEPUW, ASOPESUNIDOS, CORPESMAG, SINTRAPALMAS, SINTRAINAGRO (seccional Puerto Wilches), OCP (Seccional Puerto Wilches), CORDATEC, CRY-GEAM, Integrantes de AGUAWIL, Jorge Jaramillo Portillo - Presidente Electo de Junta de Acción Comunal de el Pedral, integrantes de Consejo Municipal de Juventud de Puerto Wilches

Accionados: Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Agencia Nacional de Hidrocarburos, Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA.

Vinculados: Ecopetrol SA y a la alcaldía de Puerto Wilches, La Comisión Interdisciplinaria Independiente.

JUAN FELIPE GARCÍA ARBOLEDA identificado con cédula de ciudadanía 75'091192 expedida en la ciudad de Manizales, portador de la tarjeta profesional No. 183.695 del C.S. de la J., y JOAQUÍN ANTONIO GARZÓN VARGAS identificado con cédula de ciudadanía 1'016'011'881 expedida en las ciudad de Bogotá, portador de la tarjeta profesional No. 253.809 del C.S de la J., abogados de la Clínica Jurídica sobre Derecho y Territorio de la Pontificia Universidad Javeriana, actuando como ciudadanos a nombre propio, queremos presentarle el siguiente *Amicus Curaie* para que sea considerado por la Honorable Corte Constitucional en el proceso de revisión T-8.788.637. *Amicus Curaie* que se realizó en colaboración con la Clínica Jurídica de Empresas y Derechos Humanos de la Universidad de Ámsterdam en los Países Bajos

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	3
1.1. INTERÉS DEL AMICUS CURIAE.....	3
1.2. RESUMEN DEL ARGUMENTO	4
II. EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL	5
2.1. INTRODUCCIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA ONU Y LAS DIRECTRICES DE LA OCDE	6
<i>Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU</i>	<i>6</i>
<i>Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.....</i>	<i>8</i>
2.2. RESPONSABILIDADES DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS CON RELEVANCIA ESPECÍFICA PARA EL CASO QUE NOS OCUPA	10
2.3. OBLIGACIONES DEL ESTADO EN RELACIÓN CON LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS: EL DEBER DE PREVENIR, PROTEGER Y FACILITAR EL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y A LA REPARACIÓN	14
<i>Obligaciones del Estado en relación con las actividades de las empresas en las zonas afectadas por un conflicto.....</i>	<i>14</i>
<i>Obligaciones del Estado de proteger a los defensores de los derechos humanos ambientales</i>	<i>15</i>
<i>Obligaciones del Estado con respecto al consentimiento libre, previo e informado</i>	<i>17</i>
<i>Obligación de reparación y remedio efectivo.....</i>	<i>18</i>
2.4. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA PRÁCTICA JURÍDICA INTERNACIONAL SOBRE EL FRACKING	20
III. EL ARGUMENTO	23
3.1. AUSENCIA DE ANÁLISIS Y GESTIÓN DE RIESGOS SUFICIENTES	23
3.2. AUSENCIA DE LICENCIA SOCIAL PARA OPERAR	27
3.3. INCOMPATIBILIDAD DEL DECRETO 328 (2020) CON EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN	28
3.4. INCAPACIDAD DE PROTEGER A LOS DEFENSORES DE LOS DERECHOS HUMANOS AMBIENTALES («DDHA»).....	33
IV. CONCLUSIÓN.....	34
V. NOTIFICACIONES.....	36



I. INTRODUCCIÓN

1.1. Interés del Amicus Curiae

1. La Clínica Jurídica sobre Derecho y Territorio (en adelante CJDyT) de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, tiene como objetivo intervenir en casos en los que comunidades con escasos recursos económicos, políticos y jurídicos se enfrentan a la amenaza de despojo de los territorios que han habitado tradicionalmente. La CJDyT es experta, *entre otros*, en derecho ambiental, justicia transicional y territorio y, fundamentalmente, en múltiples cuestiones que implican la relación entre los derechos humanos y los recursos naturales.¹ A la luz de su amplia experiencia como uno de los principales centros de formación e investigación jurídica en los campos mencionados, la Clínica es competente para litigar sobre los efectos adversos y los riesgos potenciales que plantea la fracturación hidráulica.²
2. Este escrito de amicus curiae («amicus») ha sido elaborado con el apoyo de la Clínica de Empresas y Derechos Humanos de la Clínicas Jurídicas de Ámsterdam de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ámsterdam. Las Clínicas Jurídicas de Ámsterdam trabajan en una amplia gama de casos legales complejos que por lo general implican cuestiones que afectan al interés público. Más concretamente, las Clínicas Jurídicas de Ámsterdam pretenden contribuir a los casos que promueven los derechos humanos. En la Clínica de Empresas y Derechos Humanos los estudiantes de máster (LL.M.) realizan investigaciones y asesoran casos relacionados con negocios y derechos humanos bajo la estrecha supervisión del personal de la Universidad de Ámsterdam y de supervisores externos que poseen experiencia particular.
3. Por lo tanto, las Clínicas Jurídicas de Ámsterdam quieren ofrecer su experiencia y proporcionar una visión general de los instrumentos y normas del derecho internacional en materia de derechos humanos que están implicados en este caso. En consecuencia, el objetivo de este amicus es presentar un dictamen jurídico sobre si el Decreto 328 (2020) y los consiguientes Proyectos Piloto de Investigación Integrada («PPII») cumplen con los instrumentos y normas pertinentes. En lugar de abordar cuestiones de derecho constitucional colombiano, el amicus permite al juez de tutela («la Corte») tener una comprensión más completa del asunto al aportar una perspectiva de derecho internacional de los derechos humanos.
4. Contribuyeron a este amicus las siguientes personas: Mees Brenninkmeijer, Maisie Hopkins, Keila McFarland Dias y Tim Waldvogel (alumnos), Claudia Müller-Hoff (supervisora), Linde Bryk (directora de las Clínicas Jurídicas de Ámsterdam), la Prof. Johanna Del Pilar Cortes Nieto (Universidad del Rosario) y el Dr. Antenor Hallo de Wolf (Universidad de Groninga).

¹ Clínica Jurídica sobre Derecho & Territorio, Décimo Aniversario (Publicación conmemorativa), fecha de publicación: Oct 8, 2020, página 5. Disponible en: https://www.javeriana.edu.co/recursosdb/664630/678591/Cartilla+clinica-juridica_10-digital.pdf/87802c28-af58-5573-086e-19cc132155ad?t=1602167486820

² Los términos fracturación hidráulica y fracking se utilizarán indistintamente.

1.2. Resumen del argumento

5. Este *amicus curiae* argumenta que el Decreto 328 (2020) y los Proyectos Piloto de Investigación Integrada son incompatibles con las obligaciones internacionales de Colombia en materia de derechos humanos, por cuatro razones principales: (1) El Decreto 328 (2020) contraviene dos garantías pertinentes en relación con la responsabilidad empresarial de realizar una debida diligencia sobre el posible impacto de los PPII en los derechos humanos; (2) el Decreto no asegura que los PPII cumplan con la licencia social requerida; (3) el Decreto no garantiza la protección del derecho de acceso a la información; y (4) no protege los derechos de los defensores del medio ambiente y de los derechos humanos.
6. Para presentar estos argumentos, el escrito se estructura en dos partes principales. La primera parte analiza el marco jurídico internacional aplicable. Esta parte consistirá en: presentar los Principios Rectores de la ONU y las Directrices de la OCDE; debatir las responsabilidades de las empresas en materia de derechos humanos y las obligaciones de los Estados pertinentes para el caso; y presentar una práctica jurídica internacional comparada. En la segunda parte se examina la compatibilidad del Decreto 328 (2020) y los proyectos piloto resultantes con las normas internacionales presentadas en el marco del derecho internacional.



II. EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL

7. Según el derecho internacional, los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos. La obligación de proteger significa que los Estados tienen «la obligación de regular la conducta de las personas físicas y jurídicas bajo su jurisdicción, a fin de garantizar que dicha conducta no dé lugar a una violación de los derechos humanos de terceros.»³ En el contexto de las empresas y los derechos humanos, los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos por parte de las empresas, así como proporcionar un recurso efectivo cuando se produzcan dichas violaciones.⁴ Este amicus se centra en estas obligaciones del Estado.⁵
8. En cambio, las empresas no tienen actualmente ninguna obligación legal de proteger los derechos humanos. Sin embargo, en el contexto más amplio de la privatización y la globalización, la erudición del derecho internacional ha posicionado cada vez más su atención sobre el impacto directo de las actividades empresariales sobre los derechos humanos.⁶ Por consiguiente, la responsabilidad de las empresas ha pasado a ocupar una posición central en el debate actual del derecho internacional.⁷ La intención de ese amicus no es responder a la cuestión de la base jurídica exacta de la responsabilidad de una empresa de respetar los derechos humanos.⁸ Sin embargo, aunque la responsabilidad de respetar los derechos humanos no sea directamente vinculante para las empresas, da forma y refuerza la obligación del Estado de proteger los derechos humanos de las personas que están bajo su jurisdicción.

³ Ludovica Chiussi Curzi, *General Principles for Business and Human Rights in International Law* (Brill 2020) 2. Véase también *Velásquez Rodríguez v Honduras* (Merits) (1988) IACtHR Serie C n.º 4, párr. 166.

⁴ Cfr. Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, «Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos». (2011) UN Doc A/HRC/17/31. Véase en el contexto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), Comité de Derechos Humanos («CDH»), Observaciones finales sobre Canadá (13 de agosto de 2015) CCPR/C/CAN/CO/6, párrafo 6 (en el que se afirma que Canadá: «[d]ebe: (a) aumentar la eficacia de los mecanismos existentes para velar por que todas las empresas canadienses que se encuentren bajo su jurisdicción, en particular las compañías mineras, respeten las normas de derechos humanos cuando operen en el extranjero; (b) considerar la posibilidad de establecer un mecanismo independiente facultado para investigar los atropellos de los derechos humanos cometidos por esas empresas en el extranjero; y (c) elaborar un marco jurídico que ofrezca recursos legales a las personas que hayan sido víctimas de actividades de esas empresas que operan en el extranjero»).

⁵ Para un análisis de estas obligaciones del Estado, véase Frédéric Mégret, «Nature of Obligations» en Daniel Moeckli, Sangeeta Shah y Sandesh Sivakumaran (eds), *International Human Rights Law* (3rd edn, OUP 2018) 88-91.

⁶ Véase para un análisis del estudio de Chiussi Curzi (n 3). El tema también lleva en la agenda de la ONU desde la década de 1970 (véase, por ejemplo, AG «Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional» (1 de mayo de 1974) UN Doc A/RES/S-6/3201 (S-VI), párrafo 4(g); AG, «La globalización y sus consecuencias para el pleno disfrute de todos los derechos humanos» (16 de diciembre de 2005) UN Doc A/RES/60/152).

⁷ Véase, por ejemplo, Steven R Ratner, «Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility» (2001) 111 Yale L J 443; Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (OUP 2006); Martina Buscemi y otros (eds), *Legal Sources in Business and Human Rights: Evolving Dynamics in International and European Law* (Brill 2020).

⁸ Cfr. un análisis reciente de esta cuestión en Buscemi y otros (n 7). Véase también Chiussi Curzi (n 3).



9. Para establecer el contenido exacto de las obligaciones de Colombia, el capítulo II establece el marco de derecho internacional aplicable. En primer lugar, presentará los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos («Principios Rectores de la ONU») y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales («Directrices de la OCDE»), dos instrumentos internacionales que han afianzado el marco normativo de las empresas y los derechos humanos (apartado 2.1). En segundo lugar, se abordará la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos (apartado 2.2), seguida de un análisis de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos (apartado 2.3) relacionadas con el Decreto 328 (2020) en Colombia. Por último, el capítulo II ofrecerá un breve análisis de jurisprudencia comparada para ilustrar la práctica jurídica internacional actual (apartado 2.4).

2.1. Introducción de los Principios Rectores de la ONU y las Directrices de la OCDE

10. El debate sobre las empresas y los derechos humanos surgió inicialmente en la década de 1970.⁹ Desde entonces, los Estados industrializados se han opuesto a los avances hacia un marco jurídicamente vinculante, y gran parte del debate se ha visto complicado por la cuestión de la condición de sujeto jurídico de las empresas en el derecho internacional.¹⁰ A pesar de estos obstáculos, dos instrumentos internacionales han tenido especial éxito en la consolidación de las normas sobre empresas y derechos humanos en los últimos años. En este apartado se presentarán ambos instrumentos, antes de analizar con más detalle su naturaleza jurídica y su relevancia.

Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU

11. Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos de 2011 («Principios Rectores de las Naciones Unidas» o «Principios Rectores») son el resultado de los esfuerzos internacionales para identificar y aclarar las normas de derechos humanos pertinentes para la responsabilidad y la rendición de cuentas de las empresas.¹¹ Los Principios Rectores ofrecen un marco sustentado en tres pilares:

(1) el deber del Estado de *proteger* contra las violaciones de los derechos humanos por parte de terceros, incluidas las empresas, mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y

⁹ Cfr. Buscemi y otros (n 8) 1 (el debate surgió «... cuando la política sin escrúpulos de muchas empresas multinacionales impulsó los primeros intentos de regulación blanda internacional en este ámbito») [the discussion arose «... when the unscrupulous policy of many multinational companies boosted the first attempts of international soft regulation in this field»]. Véase también James Salzman, «Labour Rights, Globalization and Institutions: The Role and Influence of the Organization for Economic Cooperation and Development» (2000) 21 Michigan J Intl L 769, 788 (donde se destacan las revelaciones de principios de los años 70 sobre «actividades poco éticas e ilegales a gran escala por parte de las empresas multinacionales»); Clapham (n 7) 195ff.

¹⁰ Cfr. Chiussi Curzi (n 3); Buscemi y otros (n 7).

¹¹ Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU (n 2).



sometimiento a la justicia; (2) una responsabilidad corporativa independiente de *respetar* los derechos humanos, lo que significa que deben actuar con la debida diligencia para evitar infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación; (3) la necesidad de un mayor acceso de las víctimas a *un recurso* efectivo, tanto judicial como no judicial.¹²

Además, los tres pilares del marco «proteger, respetar y remediar» son independientes y complementarios entre sí. A modo ilustrativo:

Cada pilar es un componente esencial en un sistema interrelacionado y dinámico de medidas preventivas y correctivas: el deber del Estado de proteger constituye la raíz misma del régimen internacional de derechos humanos; la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos dimana de la expectativa básica que la sociedad tiene de las empresas; y el acceso a los remedios o recursos deriva de que los esfuerzos más concertados no pueden prevenir todos los abusos.¹³

La finalidad de los Principios Rectores puede resumirse, pues, mediante una sencilla fórmula: «...los Estados deben proteger; las empresas deben respetar y los perjudicados deben obtener reparación».¹⁴

12. A diferencia de las iniciativas anteriores destinadas a extender las obligaciones de derechos humanos a las empresas, los Principios Rectores adoptan la idea de «responsabilidades diferenciadas pero complementarias», estableciendo una clara distinción entre el primer pilar («proteger») y el segundo («respetar»)¹⁵ Por un lado, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se define por las expectativas morales y sociales, más que por una base jurídicamente vinculante en el derecho internacional.¹⁶ Por otra parte, el derecho internacional impone a los Estados la obligación de que las empresas protejan contra las violaciones de los derechos humanos.¹⁷ En este sentido, el primer pilar de los Principios Rectores de la ONU no establece ninguna norma jurídica nueva, sino que este deber de protección jurídicamente vinculante se deriva de las obligaciones internacionales de derechos humanos ya

¹² Andrew Clapham, «Non-State Actors» en Daniel Moeckli, Sangeeta Shah y Sandesh Sivakumaran, *International Human Rights Law* (3rd edn, OUP 2018) 568.

¹³ CDH, «Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie» (7 de abril de 2008) UN Doc A/HRC/8/5, párr. 9.

¹⁴ John Ruggie, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights* (WW Norton 2013) xx-xxi (citado de Clapham (n 12) 568).

¹⁵ *ibid.*

¹⁶ Esto se enfatiza aun más en CDH, «Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales» (9 de abril de 2010) UN Doc A/HRC/14/27, párr. 55. Véase también CDH, «Mandato del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales» (18 de junio de 2008) UN Doc A/HRC/RES/8/7.

¹⁷ Principio Rector 1 (n 11). Es importante señalar que muchos Estados, entre ellos Colombia, se han comprometido con Planes de Acción Nacionales para hacer efectivos los tres pilares de los Principios Rectores de la ONU.



existentes. Dicho de otro modo, los Principios Rectores de la ONU reflejan el statu quo actual del derecho internacional de los derechos humanos y los concretan en relación con las empresas y los derechos humanos.

Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales

13. Las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales («Directrices de la OCDE» o «las Directrices») fueron elaboradas bajo los auspicios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y aprobadas en 1976. Son recomendaciones dirigidas por los gobiernos miembros y adheridos (entre ellos Colombia) a las empresas multinacionales.¹⁸ Las Directrices de la OCDE tienen como objetivo garantizar una conducta empresarial responsable y «...fortalecer la base de confianza mutua entre las empresas y las sociedades en las que desarrollan su actividad».¹⁹ Por lo tanto, proporcionan las normas de conducta empresarial esperadas en relación, entre otros, con la divulgación, los derechos humanos y el medio ambiente.
14. En la revisión de 2011 de las Directrices de la OCDE, estas afirman que los Estados tienen el *deber de proteger* los derechos humanos y que las empresas *deberán respetar* los derechos humanos, «... lo cual significa que han de velar por no vulnerar los derechos de los demás y hacer frente a los impactos negativos sobre los derechos humanos en los que se vean implicadas».²⁰ El comentario de la OCDE sobre este capítulo lo aclara aún más:

El respeto de los derechos humanos es la norma de conducta esperada a nivel mundial por parte de las empresas, *independientemente* de la capacidad y/o la voluntad de los Estados de cumplir sus obligaciones en la materia, y ello no disminuye estas obligaciones. ... El hecho de que un Estado no aplique su legislación nacional pertinente o no respete sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos o que infrinja esta legislación o estas obligaciones internacionales no afecta a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos.²¹

15. Los Principios Rectores de la ONU hacen esta distinción con especial claridad. Las Directrices de la OCDE, en cambio, son menos explícitas; sin embargo, también subrayan que «los países que se adhieren a las Directrices contraen el compromiso vinculante de implementarlas de acuerdo con la Decisión del Consejo relativa a las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas

¹⁸ OCDE, Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (2011) (Colombia es miembro de la OCDE desde el 28 de abril de 2020). Es importante destacar que «El objetivo de las Directrices no es introducir diferencias de trato entre las empresas multinacionales y las empresas nacionales, sino reflejar prácticas recomendables para todas ellas.» (capítulo 1, párr. 5).

¹⁹ *ibid* en 13.

²⁰ *ibid* en 31. Este capítulo de derechos humanos, que las Directrices de la OCDE incluyeron desde la revisión de 2011, es acorde con los Principios Rectores de la ONU.

²¹ *ibid* en 32. Este enfoque se repite en el capítulo dedicado al medio ambiente (capítulo VI).



Multinacionales». ²² La tarea de supervisar, regular y aplicar los derechos humanos queda así en manos de los Estados, incluso cuando las normas de los instrumentos internacionales se dirigen específicamente a los agentes no estatales. ²³ Por ello, la aplicación de los derechos humanos es, en última instancia, una tarea de los Estados, y no debe depender únicamente del cumplimiento de las normas voluntarias por parte de las empresas. ²⁴ Dicho de otro modo, aunque están destinadas a complementarse mutuamente, la responsabilidad de las empresas de *respetar* los derechos humanos existe independientemente de la obligación legal del Estado de *proteger* contra las violaciones de los derechos humanos, como se ha subrayado recientemente en una decisión del Tribunal de Distrito holandés de La Haya contra la empresa petrolera Royal Dutch Shell. ²⁵ Esto significa que, de acuerdo con el derecho internacional vigente, Colombia debe tomar las medidas adecuadas para prevenir, proteger y reparar cualquier violación dentro de su jurisdicción por parte de terceros, incluidas las empresas. ²⁶

16. Además, la responsabilidad de las empresas según los Principios Rectores de la ONU y las Directrices de la OCDE tiene valor como norma jurídica, con independencia de que se pueda aplicar legalmente a las empresas. En su Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares [*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*] la Corte Internacional de Justicia (CIJ) aceptó la propuesta de que los actos que no sean jurídicamente vinculantes pueden tener valor normativo. ²⁷ En ese caso, la CIJ declaró que las resoluciones de la Asamblea General de la ONU pueden aportar pruebas para establecer la existencia de una norma o la aparición de una costumbre internacional. ²⁸ Puede decirse que la responsabilidad de las empresas reflejada en los Principios Rectores de la ONU y en las Directrices de la OCDE define de forma similar las obligaciones de los Estados en virtud del derecho internacional de los derechos humanos. ²⁹ De este modo, la responsabilidad de las empresas da forma y refuerza la

²² *ibid* en 13. Véase también Juan Carlos Ochoa Sanchez, «The Roles and Powers of the OECD National Contact Points Regarding Complaints on an Alleged Breach of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises by a Transnational Corporation» (2015) 84 *Nordic J Intl L* 89.

²³ Véase, por ejemplo, Carlos M Vazquez, «Direct vs. Indirect Obligations of Corporations under International Law» (2005) 43 *Columbia Journal of Transnational Law* 927, 935.

²⁴ Cfr. Chiussi Curzi (n.º 3) 61-62.

²⁵ Rb Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339 (*Milieudefensie v Royal Dutch Shell PLC*) r.o. 4.4.13. [*Vereniging Milieudefensie y otros v Royal Dutch Shell PLC*, Tribunal de Distrito de La Haya, Sentencia del 26 de mayo de 2021, C/09/571932 / HA ZA 19-379, párr. 4.4.13]

²⁶ Principio Rector de la ONU 1 (n 4).

²⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996), [1996] CIJ Rep 226, párr. 70. Véase también *Voting Procedure on Questions relating to Reports and Petitions concerning the Territory of South West Africa*, (Opinión Consultiva del 7 de junio de 1995, Opinión independiente del Juez Lauterpacht) [1955] CIJ Rep 67, 118 («Una resolución que recomienda a un Estado administrador una línea de acción específica crea una obligación jurídica que, por rudimentaria, elástica e imperfecta que sea, no deja de ser una obligación jurídica y constituye una medida de supervisión. El Estado en cuestión, si bien no está obligado a aceptar la recomendación, está obligado a considerarla de buena fe. [...] Estas obligaciones parecen intangibles y casi nominales cuando se comparan con la discreción final de la Autoridad Administrativa. No obstante, constituyen una obligación...»).

²⁸ *ibid* párr. 70.

²⁹ Cfr. Ochoa Sanchez (n 22) 94-95.



obligación de Colombia de proteger los derechos humanos de las personas que están bajo su jurisdicción. Así, las Directrices de la OCDE y los Principios Rectores de la ONU han creado una herramienta clave para salvar la brecha entre las obligaciones vinculantes de los Estados y la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos.³⁰

17. En resumen, las Directrices de la OCDE y los Principios Rectores de la ONU constituyen el fundamento del argumento de este amicus. Estos instrumentos subrayan que los Estados tienen el deber legal, dimanante de los tratados que han ratificado, de proteger los derechos humanos en su territorio, mientras que las empresas tienen la responsabilidad moral y social de respetar esos derechos. Por lo tanto, los Estados no están exentos de cumplir sus propias obligaciones internacionales en materia de derechos humanos por el cumplimiento o el incumplimiento de las empresas de las Directrices y Principios Rectores mencionados. De hecho, parte de la tarea del Estado en el marco jurídico actual consiste en hacer realidad las responsabilidades empresariales.
18. Dicho de otro modo, estas responsabilidades jurídicamente no vinculantes son relevantes porque pueden dar forma y dilucidar el contenido de las obligaciones de un Estado en materia de derechos humanos. Las Directrices de la OCDE y los Principios Rectores de la ONU pueden utilizarse, de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como medio de interpretación complementario con respecto a las obligaciones pertinentes, por ejemplo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³¹ La esencia de los pilares «proteger, respetar y remediar» es influirse mutuamente.³² Por lo tanto, en los siguientes apartados se presentarán tanto las responsabilidades empresariales como las obligaciones del Estado que están implicadas en el caso del fracking en Colombia.

2.2. Responsabilidades de las empresas en materia de derechos humanos con relevancia específica para el caso que nos ocupa

19. Con la introducción de las Directrices de la OCDE y los Principios Rectores de la ONU, se acepta ampliamente que las empresas tienen responsabilidades internacionales en materia de derechos humanos. Como miembro tanto de la ONU como de la OCDE, Colombia ha participado en este desarrollo y tiene la obligación, según el derecho internacional, como se ha comentado en el apartado 2.1, de aplicar dichas responsabilidades empresariales en materia de derechos humanos dentro de su jurisdicción. En este caso, hay varias Directrices de la OCDE y Principios Rectores de la ONU que Colombia debe observar porque están basados en obligaciones jurídicas concretas dimanantes de los tratados internacionales y regionales de derechos humanos que ha ratificado.

³⁰ Chiussi Curzi (n 3) 31.

³¹ Cfr. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (23 de mayo de 1969) 1155 UNTS 331 («CVDT»), art 32.

³² Cfr. Catherine Kessedjian, «Eloge du foisonnement (du désordre) fructueux» en Hervé Ascencio and Nicola Bonucci (eds), *Le pouvoir normatif de l'OCDE* (Pedone 2014) 144 (citado en Chiussi Curzi (n.º 3) 32).



20. El segundo pilar del marco de los Principios Rectores contiene las normas pertinentes para que las empresas respeten los derechos humanos. Sin embargo, en última instancia, son los Estados quienes tienen el deber de garantizar que las empresas bajo su jurisdicción cumplan con sus responsabilidades.
21. Los Principios Rectores 11 al 24 sirven de orientación a las empresas para respetar los derechos humanos y les proporcionan un marco claro. Respetar los derechos humanos significa que las empresas «deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación».³³ El Principio 12 establece que la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere, como mínimo, a los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Como el marco considera que se trata de normas mínimas, no excluye el cumplimiento de otros tratados de derechos humanos locales o más detallados aplicables.³⁴ Además, los Principios Rectores establecen que el respeto de los derechos humanos se aplica por igual a todas las empresas, independientemente de su tamaño, sus actividades, sector, contexto operacional, propietario y estructura.³⁵ Aunque los Principios Rectores no son un instrumento vinculante para las empresas, existe una tendencia creciente a aplicar los Principios en obligaciones más concretas para ellas en el contexto de la protección del medio ambiente. Por ejemplo, en el caso *Milieudefensie v Royal Dutch Shell PLC*, los tribunales neerlandeses ordenaron a la empresa petrolera que redujera sus emisiones con más fuerza y rapidez de lo que se había comprometido en un principio (20% para 2030 y cero neto antes de 2050).³⁶ El Tribunal dictaminó que la empresa debe reducir sus emisiones en un 45% para 2030 en comparación con los niveles de 2019. A pesar de que las empresas no formaron parte de las negociaciones del Acuerdo de París, ni estaban obligadas por compromisos nacionales, el tribunal holandés sostuvo que «existe [la obligación de la empresa de reducir las emisiones] independientemente de los Estados... tienen una responsabilidad individual.» Los tribunales sostienen que, a pesar del carácter no vinculante de los Principios Rectores de la ONU, no se trata de una «responsabilidad opcional» para las empresas.
22. Además, en sus «Principios Operativos», los Principios Rectores de la ONU proponen que las empresas asuman un compromiso político con los derechos humanos y lleven a cabo una gestión de diligencia debida en materia de derechos humanos en sus actividades. Esta política establece un conjunto de objetivos. La diligencia debida en materia de derechos humanos («DDDH») es un proceso de gestión para aplicar la política. El proceso de gestión de la DDDH consta de cuatro medidas (que se repiten periódicamente) que consisten en directrices para las empresas en relación con la evaluación e identificación de posibles riesgos; la adopción de medidas para

³³ Principio Rector de la ONU 11.

³⁴ Comentario al Principio Rector 12 (n 4).

³⁵ Principio Rector 14.

³⁶ *Milieudefensie v Royal Dutch Shell PLC* (n 25).



prevenir, mitigar, remediar o influir en las posibles violaciones de los derechos humanos; el seguimiento del impacto de estas medidas establecidas; y la rendición de cuentas de estas medidas presentadas. La información correspondiente debe facilitarse a las personas o grupos afectados y a otros interesados durante la aplicación de estas medidas.³⁷

23. Por lo tanto, el deber estatal de proteger significa que el Estado debe garantizar —mediante la promulgación de leyes, políticas o incentivos— que las empresas cumplan estas normas. Las medidas presentadas también incluyen una evaluación detallada de los riesgos del impacto potencial de las actividades empresariales sobre todas las áreas del derecho internacional de los derechos humanos.³⁸ En Colombia, este principio para las empresas también abarca los derechos civiles y políticos en línea con los artículos 1, 2 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como las garantías enumeradas en el Protocolo de San Salvador de la Carta de la Organización de los Estados Americanos.³⁹ Esto también se refiere a los derechos fundamentales relacionados con el medio ambiente, que se tratarán con más detalle en los siguientes capítulos de este amicus.
24. Los Principios Rectores de la ONU subrayan la obligación de los Estados de revisar las prácticas operativas de las empresas bajo su jurisdicción para comprobar su compatibilidad con las normas internacionales de derechos humanos. Este principio también puede implicar la adopción de una legislación de diligencia debida corporativa a nivel nacional para obligar a las empresas a actuar de acuerdo con las normas de derechos humanos y llevar a cabo evaluaciones de impacto de sus actividades.
25. Según los Principios Rectores, las empresas deben tratar de identificar y evaluar aquellas consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación. Este proceso debe «... [i]ncluir consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas».⁴⁰ Para lograrlo, las empresas deben observar y cooperar significativamente con los compromisos internacionales de derechos humanos del Estado de origen. Si sus actividades han provocado o contribuido a provocar violaciones de los derechos humanos, deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos.⁴¹ El Principio fundacional 25 sostiene que «... los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar ... que cuando se produzcan ese tipo de abusos (derechos humanos) en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces».⁴² Por lo tanto, los Estados tienen la responsabilidad de adoptar medidas judiciales y no judiciales para garantizar el acceso a recursos

³⁷ Principios Rectores de la ONU 16 y ss.

³⁸ Principio Rector de la ONU 17.

³⁹ Organización de los Estados Americanos, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Protocolo de San Salvador*.

⁴⁰ Principio Rector de la ONU 18(b).

⁴¹ *Ibid*, Principio 22. El acceso a los recursos se analizará con mayor profundidad en este escrito.

⁴² *Ibid*, Principio 25.



efectivos a los grupos potencialmente afectados por los abusos de los derechos humanos causados por empresas.⁴³

26. Para establecer con más detalle las responsabilidades empresariales pertinentes, este apartado también recurre a las Directrices de la OCDE, a las que se ha hecho una introducción en el apartado 2.1. La Parte I de las Directrices de la OCDE sobre Recomendaciones para una conducta empresarial responsable en el contexto global contiene capítulos específicos sobre los derechos humanos y el medio ambiente (que a su vez tienen títulos sobre la protección del medio ambiente, la salud pública y la seguridad, y la contribución general al desarrollo sostenible).
27. El capítulo sobre derechos humanos se basa en el marco de tres pilares: «proteger, respetar y remediar» y se aplica de acuerdo con los Principios Rectores de la ONU.⁴⁴ De acuerdo con las Directrices de la OCDE, en todos los casos se exige el cumplimiento, como mínimo, de la DUDH,⁴⁵ el PIDCP,⁴⁶ el PIDESC⁴⁷ y la Declaración de la OIT de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Esto se aplica independientemente del Estado o de la zona de operación de una empresa comercial.⁴⁸
28. En cuanto a la protección del medio ambiente, las Directrices de la OCDE recomiendan, entre otros, una comunicación puntual, la consulta, la recopilación de información y el acceso a la información.⁴⁹ Se refiere en concreto a la comunicación entre las partes interesadas de las actividades empresariales y las comunidades que se ven directamente afectadas por las políticas de medio ambiente, salud y seguridad de la empresa respectiva. Además, se pide a las empresas que se atengan al principio de precaución en el ejercicio de sus actividades. Si existe un riesgo de amenaza para la salud y la seguridad de las personas, no se utilizará la falta de certeza científica absoluta para postergar la adopción de medidas para prevenir este daño (incluso si esas medidas son rentables).⁵⁰ Esto está en consonancia con el principio de precaución formulado en el Principio 15 de la Declaración de Río de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: «Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente».⁵¹

⁴³ *Ibid*, Principios 26-27.

⁴⁴ Directrices de la OCDE, Comentario sobre derechos humanos, párr. 36.

⁴⁵ Asamblea General de la ONU, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, 217 A (III).

⁴⁶ Asamblea General de la ONU, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999.

⁴⁷ Asamblea General de la ONU, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 16 de diciembre de 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 993.

⁴⁸ Directrices de la OCDE, Comentario sobre derechos humanos, párr. 39.

⁴⁹ Directriz 2(b) de la OCDE, capítulo VI sobre el Medio Ambiente.

⁵⁰ OCDE, *El Medio Ambiente y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales: Herramientas y Enfoques Empresariales* (Ediciones OCDE 2005) 13.

⁵¹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, *Agenda 21, Declaración de Río, Principios Forestales*. (Naciones Unidas 1992) Principio 15.



29. En resumen, las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos bajo el marco del derecho internacional y, si sus actividades violan dichas normas, la responsabilidad de repararlas o contribuir a su reparación. En última instancia, sin embargo, corresponde a los Estados garantizar el cumplimiento de estas responsabilidades por parte de las empresas; tienen la obligación internacionalmente vinculante de prevenir y proteger contra las violaciones de los derechos humanos por parte de las empresas, y de proporcionar un acceso adecuado a la reparación cuando se produzcan dichas violaciones.

2.3. Obligaciones del Estado en relación con las empresas y los derechos humanos: El deber de prevenir, proteger y facilitar el acceso a la información y a la reparación

Obligaciones del Estado en relación con las actividades de las empresas en las zonas afectadas por un conflicto

30. Las operaciones de las empresas tienen el potencial de agravar los complejos riesgos ambientales y los polifacéticos riesgos sociales y de seguridad.⁵² Según los Principios Rectores de la ONU, «... en algunos entornos operacionales, como las zonas afectadas por conflictos, puede haber mayores riesgos de complicidad de las empresas en vulneraciones graves de los derechos humanos cometidas por otros actores».⁵³ A este respecto, el Principio 7 señala la responsabilidad del Estado a la hora de prestar asistencia a las empresas que realizan sus operaciones en zonas afectadas por conflictos, con el fin de evitar que se produzcan violaciones de los derechos humanos.

31. En particular, los Estados deben emprender estrategias para ayudar a las empresas a determinar, prevenir y mitigar los riesgos que entrañen sus actividades y relaciones empresariales para los derechos humanos, y prestar asistencia adecuada a las empresas para evaluar y tratar los principales riesgos de abusos, prestando especial atención tanto a la violencia de género como a la violencia sexual.⁵⁴ Y lo que es más importante, en virtud del Principio 7(d), los Estados deben asegurar la eficacia de las políticas, leyes y reglamentos vigentes (por ejemplo, mediante decretos y permisos) para prevenir el riesgo de que las empresas se vean implicadas en graves violaciones de los derechos humanos.⁵⁵ Para ello, los Estados deben garantizar que se realicen evaluaciones y una gestión de riesgos transparentes.⁵⁶

⁵² Cfr. Vasquez Diana Leonor y Ucros Juan Carlos, «A Framework for Colombia's Implementation of United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights» (July 2020) (Documento presentado en la SPE International Conference and Exhibition on Health, Safety, Environment, and Sustainability) Virtual, DOI: 10.2118/199404-MS, 3.

⁵³ Comentario al Principio Rector de la ONU 23.

⁵⁴ Cfr. Comentario al Principio Rector de la ONU 7.

⁵⁵ Cfr. Comentario al Principio Rector de la ONU 7(d).

⁵⁶ Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado, «Preguntas frecuentes acerca de los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos». HR/PUB/14/3 (2014): pág. 43



32. En cuanto al deber de prevención, la responsabilidad del Estado depende de varios elementos: si el Estado conocía o debía conocer un riesgo; si dicho riesgo era real e inmediato (es decir, no es remoto o meramente hipotético, sino que existe una posibilidad innegable de que se materialice); la situación particular de las personas afectadas; y si el Estado adoptó las medidas que razonablemente se esperaban para evitar que dicho riesgo se produjera.⁵⁷ Al aplicar esto a la «dimensión empresarial», el deber de prevención del Estado exige que las autoridades correspondientes adopten las medidas adecuadas para evitar la violación de los derechos humanos por parte de las actividades empresariales, cuyo riesgo de materialización era conocido o debería haber sido conocido por el Estado.⁵⁸

Obligaciones del Estado de proteger a los defensores de los derechos humanos ambientales

33. Las actividades empresariales de las industrias extractivas suelen tener lugar en zonas afectadas por conflictos. Esto supone un reto para la seguridad de los defensores de los derechos humanos ambientales (DDHA), ya que crea riesgos de ataques contra ellos y de impunidad para los autores. Los DDHA hace referencia a «las personas y los grupos que, a título personal o profesional y de forma pacífica, se esfuerzan por proteger y promover los derechos humanos relacionados con el medio ambiente, en particular el agua, el aire, la tierra, la flora y la fauna».⁵⁹

34. Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los DDHA son un pilar fundamental para el proceso de democratización de Colombia pues a través de sus actividades de vigilancia, denuncia, promoción y educación han contribuido significativamente a la observancia de los derechos humanos.⁶⁰ Sin embargo, la promoción de los derechos humanos en el sector empresarial puede llevar a los DDHA a enfrentarse a estigmatización, criminalización, agresiones físicas y hasta a ataques contra la vida.⁶¹ Por lo tanto, los Estados tienen la obligación de garantizar que «... no se pongan obstáculos a las actividades legítimas y pacíficas de los defensores de los derechos humanos» por parte de agentes estatales o terceros.⁶²

⁵⁷ Véase, por ejemplo, CIDH, Informe de Fondo n.º 33/16, Linda Loayza López Soto y familia (Venezuela), (29 de julio de 2016) párr. 163; CIDH, Informe de Fondo n.º 25/18, Empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus familiares (Brasil) (2 de marzo de 2018) párr. 98. Del mismo modo, véase el *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México* (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) Sentencia de 16 de noviembre de 2009, CIDH Serie C n.º 205, párr. 284; *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil* (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.) Sentencia de 20 de octubre de 2016, CIDH Serie C n.º 318, párr. 323; *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela* (Fondo, Reparaciones y Costas) Sentencia de 26 de septiembre de 2018, CIDH Serie C n.º 362, párr. 140.

⁵⁸ Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 1 de noviembre de 2019, para 86

⁵⁹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos (3 de agosto de 2016) UN Doc A/71/281, párr. 7.

⁶⁰ CIDH, Informe sobre la situación de personas defensoras de derechos humanos y líderes sociales en Colombia: Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de diciembre de 2019, párr. 32.

⁶¹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos (19 de julio de 2017) UN Doc A/72/170, párr. 5.

⁶² Comentario al Principio Rector de la ONU 26



35. Los Estados tienen la obligación positiva de fomentar un entorno que apoye los derechos humanos que resultan fundamentales para las actividades y la seguridad de los defensores, especialmente su derecho a ser protegidos y a una reparación efectiva.⁶³ Los Estados deben proteger en primer lugar los derechos humanos de los defensores de los DDHA, por lo que tienen la obligación positiva de actuar con la debida diligencia para impedir que se atente, por ejemplo, contra su derecho a la vida y a la libertad de expresión.⁶⁴ Para ello, los Estados deben garantizar el acceso transparente a la información⁶⁵ y la participación significativa de los DDHA en la toma de decisiones, ya que «numerosos conflictos medioambientales se podrían evitar mediante una consulta previa y la participación activa de las comunidades locales y los activistas medioambientales».⁶⁶
36. En virtud del Principio Rector 26 de la ONU, por ejemplo, los Estados tienen la obligación de «asegurar la eficacia de los mecanismos judiciales nacionales cuando aborden las violaciones de derechos humanos relacionadas con empresas, en particular considerando la forma de limitar los obstáculos legales, prácticos y de otros tipos que puedan conducir a una denegación del acceso a los mecanismos de reparación». En este sentido, el Estado deberá:
- (1) crear mecanismos de diligencia debida en relación con la protección de los DDHA y el medio ambiente;⁶⁷
 - (2) crear mecanismos de protección para los defensores de los derechos humanos ambientales, teniendo en cuenta las dimensiones intersectoriales de las violaciones cometidas contra los DDHA;⁶⁸ y
 - (3) garantizar investigaciones independientes y diligentes sobre las presuntas amenazas y violencia contra los defensores de los derechos humanos ambientales, y hacer comparecer ante la justicia a los autores directos y los que participaron en la comisión de los delitos.⁶⁹
37. El 11 de diciembre de 2019, Colombia firmó el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe («Acuerdo de Escazú»). El Acuerdo entró en vigor el 22 de abril de 2021 y representa un hito importante en la protección de los DDHA. Se trata del primer

⁶³ Informe sobre la situación de los defensores de los derechos humanos (n 61) párr. 34. Véase también el PIDCP, art. 3(a)(b)(c).

⁶⁴ Véanse, respectivamente, el PIDCP, art. 6(1) y art. 19.

⁶⁵ Tal y como se consagra en el artículo 19 del PIDCP, leído a la luz del artículo 6 de la Declaración sobre los defensores de los derechos humanos (Cfr. Resolución de la Asamblea General [A/RES/53/144](#) por la que se adoptó la Declaración sobre los defensores de los derechos humanos, disponible en <https://www.ohchr.org/sp/issues/srhrdefenders/pages/declaration.aspx>)

⁶⁶ «Violence against environmental defenders – New UN major report urges zero-tolerance» Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Octubre de 2016. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20730&LangID=E>

⁶⁷ *ibid* párr. 102(c).

⁶⁸ *ibid* párr. 102(g).

⁶⁹ *ibid* párr. 102(h).



instrumento vinculante que incluye disposiciones específicas para la protección y promoción de los defensores de los derechos humanos ambientales. Aunque Colombia todavía no ha ratificado este Tratado, tiene la obligación jurídica internacional de abstenerse de realizar actos que sean contrarios al objeto y la finalidad del Acuerdo de Escazú.⁷⁰ Por ello, Colombia debe abstenerse de realizar conductas que atenten contra el objetivo de garantizar la plena y efectiva aplicación de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales.⁷¹ De acuerdo con el artículo 4(6), los Estados Partes tienen la obligación positiva de garantizar un entorno propicio para el trabajo de los DDH que promuevan la protección del medio ambiente. A ello contribuyen las disposiciones que refuerzan las garantías de acceso a la justicia en asuntos ambientales (artículo 8). Asimismo, estipula que los Estados «tomarán las medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger y promover todos los derechos de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales, incluidos su derecho a la vida, integridad personal, libertad de opinión y expresión, derecho de reunión y asociación pacíficas» (artículo 9.2).

38. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y su *Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales* («REDESCA») lo reiteran: Los Estados son los primeros responsables en garantizar que se prevengan, identifiquen y sancionen las violaciones contra los DDH.⁷² En otras palabras, los Estados deben fortalecer la capacidad institucional para combatir el patrón de impunidad frente a casos de amenazas y muertes de defensoras y defensores, mediante la elaboración de protocolos de investigación que permitan un desarrollo exhaustivo de la investigación bajo esta hipótesis.⁷³ De acuerdo con el sistema interamericano en general, la CIDH y su REDESCA identifican cuatro deberes estatales claros para dar cumplimiento a la obligación en el contexto de las actividades empresariales: i) deber de regular y adoptar disposiciones de derecho interno, ii) deber de prevenir violaciones de los derechos humanos en el marco de actividades empresariales, iii) deber de fiscalizar tales actividades y iv) deber de investigar, sancionar y asegurar el acceso a reparaciones integrales para víctimas en dichos contextos.⁷⁴

Obligaciones del Estado con respecto al consentimiento libre, previo e informado

⁷⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, 1155 UNTS 321, art 18.

⁷¹ Cfr. Acuerdo de Escazú, art. 1.

⁷² Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 1 de noviembre de 2019 / [Preparado por la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos]. CIDH/REDESCA/INF.1/19, párr. 327.

⁷³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe n.º 56/12, Caso n.º 12.775, Florentín Gudiel Ramos, Makrina Gudiel Álvarez y otros v Guatemala (21 de marzo 2012) párr. 220. Véase también el Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos.(2019) párr. 238.

⁷⁴ Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos (n 72) párr. 86.



39. La Corte Interamericana de Derechos Humanos («Corte Interamericana») ha proporcionado orientaciones pertinentes sobre cómo interpretar la norma del consentimiento libre, previo e informado. *Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, trataba la violación de los derechos de propiedad de las comunidades indígenas de Surinam por la concesión de licencias a empresas petroleras para utilizar tierras indígenas. En este caso, el Tribunal sostuvo que el consentimiento informado requiere una participación efectiva que incluya un proceso de consulta acorde con las tradiciones y costumbres locales y la elaboración de evaluaciones de impacto social y ambiental por parte de entidades independientes y técnicamente capaces.⁷⁵ Estos requisitos deben cumplirse antes de que se pueda celebrar un acuerdo de inversión, además de que el acuerdo debe establecer un reparto adecuado de los beneficios de la inversión entre las comunidades y la empresa.⁷⁶ Del mismo modo, las garantías de no repetición tras las violaciones son insuficientes si no incluyen suficientes mecanismos de regulación para proteger el derecho al consentimiento libre, previo e informado.⁷⁷
40. Asimismo, en el caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, la Corte exigió a Ecuador que adoptara medidas para garantizar la protección de los derechos a la propiedad de las víctimas. Las medidas pretendían garantizar que las posibles víctimas desempeñaran un papel significativo y efectivo en el proceso de toma de decisiones; que se cumpliera de buena fe su derecho al consentimiento previo, libre e informado; y que se dieran garantías de no repetición a tal efecto.⁷⁸ La Corte subrayó que, como garantía de no repetición, en caso de exploración o extracción de recursos naturales, o de cualquier otro plan que pueda afectar al territorio de la comunidad, esta debe ser consultada previamente de forma adecuada y efectiva, de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia.⁷⁹ Se ordenó a Ecuador que adoptara las medidas legislativas o administrativas necesarias para hacer efectivo el derecho al consentimiento libre, previo e informado en un plazo razonable.⁸⁰

Obligación de reparación y remedio efectivo

41. Los Estados tienen la obligación de proporcionar a las víctimas de violaciones de los derechos humanos el acceso a un recurso integral que sea efectivo. La Corte Interamericana remarca que la ausencia de investigación, sanción y acceso a una reparación efectiva que remedie las violaciones de los derechos humanos por parte de las empresas puede comprometer la responsabilidad del Estado, ya que dichas entidades quedarían, en cierto modo, impunes como

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C n.º 309, párr. 305(d).

⁷⁶ *ibid.*

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador* (Fondo y Reparaciones), Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C n.º 245, párr. 286-296.

⁷⁸ *ibid* párrs. 286-296.

⁷⁹ *ibid* párr. 299.

⁸⁰ *ibid* párr. 301



consecuencia de la negligencia estatal.⁸¹ La Corte ha reiterado que la debida diligencia en las investigaciones sobre violaciones de los derechos humanos exige que la autoridad investigadora lleve a cabo todas las actuaciones y averiguaciones necesarias para procurar el resultado que se persigue.⁸²

42. El Informe sobre Empresas y Derechos Humanos de REDESCA, enfatiza que el Pilar III de los Principios Rectores de la ONU recoge aquellos estándares mínimos a ser tenidos en cuenta, en particular el acceso a la reparación.⁸³ Los Principios Rectores 25-31 van más allá de la mera reparación y establecen una forma de justicia reparadora que incluye disculpas, restitución, rehabilitación, compensaciones económicas o no económicas y sanciones punitivas (ya sean penales o administrativas, por ejemplo multas). En consonancia con estos Principios, la justicia reparadora puede referirse además a medidas de prevención de nuevos daños como, por ejemplo, los requerimientos o las garantías de no repetición.⁸⁴
43. A modo de ejemplo, el artículo 63 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos establece que cuando haya habido una «violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dictaminará ..., si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada».⁸⁵ Para dar mejor efecto a esta disposición, la Corte Interamericana ha desarrollado el concepto de reparaciones integrales. Esto va más allá de las medidas pecuniarias por abusos de los derechos humanos y reconoce diferentes tipos de daños y formas de reparación, como: restitución, satisfacción, compensación, obligación de realizar ajustes y reformas legislativas internas y garantías de no repetición.⁸⁶ Estas formas de reparación también tratan de abordar el problema estructural que causa las violaciones, única o parcialmente, tal y como reproducen los Principios Rectores de la ONU del 25 al 31. Estos principios junto con el artículo 63 de la Convención «sirven de parámetro para determinar las reparaciones adecuadas que se exigen a las empresas».⁸⁷
44. En *Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, la Corte exigió al Estado que estableciera los mecanismos necesarios para supervisar y fiscalizar las acciones de reparación de las víctimas por

⁸¹ Véase, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* (n 4) párr. 176; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Sentencia de 31 de enero 2006. Serie C n.º 140, párr. 145.

⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C N.º. 334, párr. 136. (Corte IDH. Caso Acosta y otros Vs Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 25 de marzo de 2017. párr. 136.)

⁸³ Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos (n 72).

⁸⁴ *ibid* párr. 142 (que subraya que la jurisprudencia interamericana se equipara con estos Principios).

⁸⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 63

⁸⁶ Entrevista en Addis Ababa el 1 de diciembre de 2021 Julien Moity, Marion Muller IRG <http://www.institut-gouvernance.org/en/video/fiche-video-34.html>

⁸⁷ Comentario al Principio Rector de la ONU 25.



parte de la empresa.⁸⁸ Esto estableció un claro vínculo entre las empresas y los Estados; los Estados tienen el deber de hacer responsables a las empresas de las violaciones que se produzcan. La Corte ordenó además que el Estado tenía la obligación de actuar conjuntamente con la empresa para remediar la violación. La Corte dictó que Surinam debía modificar sus recursos internos con el fin de garantizar de manera efectiva el acceso a la justicia de manera colectiva, así como garantizar el acceso a la información necesaria para ejercer el derecho al consentimiento libre, previo e informado.

45. En resumen, con base en la jurisprudencia interamericana, las reparaciones deben ser abordadas de manera estructural y se deben crear instancias de supervisión de los derechos violados, además de garantías de no repetición e indemnización.

2.4. Análisis comparativo de la práctica jurídica internacional sobre el fracking

46. En la última década, la fracturación hidráulica se ha vuelto cada vez más controvertida globalmente. En este apartado se expondrán las principales conclusiones de las cortes y tribunales internacionales y las decisiones políticas comparadas en torno al fracking que se vieron influidas por informes científicos y el principio de precaución.

47. En su Opinión Consultiva de 2017, solicitada por Colombia, la Corte Interamericana consideró las obligaciones ambientales del Estado en virtud de la Convención Interamericana en el contexto de los daños ambientales causados por empresas.⁸⁹ La Corte pronunció que el derecho a un medio ambiente sano es un derecho fundamental. Además, detalló las obligaciones de los Estados cuando han causado o pueden causar un daño ambiental significativo. La aplicación del principio de precaución fundamentó la opinión de la Corte.

48. A modo de ejemplo, la Corte indicó que el Estado debe:

- (i) reglamentar las actividades que puedan causar un daño significativo al medio ambiente, con el propósito de disminuir el riesgo a los derechos humanos;
- (ii) supervisar y fiscalizar actividades de empresas bajo su jurisdicción, para lo cual deben poner en práctica mecanismos adecuados e independientes de supervisión y rendición de cuentas, entre los cuales se incluyan tanto medidas preventivas como medidas de sanción y reparación;

En⁸⁸ *Kaliña and Lokono Peoples v Suriname* (n 75) párrafo 290(b) la Corte dijo que el estado debe «nombrar a un experto en la materia [daños ambientales] a efectos del cumplimiento total de la rehabilitación de la zona».

⁸⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de Noviembre de 2017, Serie A n.º 23, párr. 174.



- (iii) exigir la realización de un estudio de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente, independientemente que la actividad o proyecto sea realizado por un Estado o por personas privadas;⁹⁰
- (iv) establecer un plan de contingencia, a efecto de disponer de medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales; y
- (v) mitigar el daño ambiental significativo, inclusive cuando hubiera ocurrido a pesar de acciones preventivas del Estado, utilizando la mejor tecnología y ciencia disponible.⁹¹

49. El principio de precaución se ha aplicado posteriormente en numerosas jurisdicciones europeas y latinoamericanas para justificar moratorias o prohibiciones de las actividades de fracking.⁹² El principio de precaución exige que el Estado actúe para proteger estos derechos en caso de posibles daños graves e irreversibles al medio ambiente, aunque no haya certeza científica.⁹³
50. Tanto las Naciones Unidas como la Corte Interamericana han abordado el mayor riesgo de violaciones de derechos humanos en situaciones de conflicto armado, como existen en Colombia, y los riesgos que suponen para los defensores de los DDHA. En 2020, el estudio global del Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos destacó a Colombia como el segundo país más peligroso del mundo para los defensores de los derechos humanos que exponen el impacto de actividades empresariales.⁹⁴ De todas las agresiones contra defensores de los derechos humanos ambientales en Colombia relacionadas con empresas, el 44% se cometieron contra defensores «que plantearon sus preocupaciones sobre solo cinco empresas»; ECOPEPETROL, la primera corporación a la que se le adjudicó un contrato para los proyectos piloto de fracking, es una de esas cinco.⁹⁵ Así, las acciones de estas empresas resultan muy controvertidas y suscitan inestabilidad y, a su vez, aumentan en gran medida el riesgo de violaciones de los derechos humanos. Además, según la jurisprudencia, los proyectos de fracking, en todo el mundo, suelen provocar disturbios y conflictos, físicos y no físicos.⁹⁶

⁹⁰ Estos estudios deben realizarse de manera previa, por entidades independientes bajo la supervisión del Estado, abarcar el impacto acumulado, respetar las tradiciones y cultura de pueblos indígenas que podrían verse afectados, y su contenido debe ser determinado y precisado mediante legislación o en el marco del proceso.

⁹¹ Opinión Consultiva OC-23/17 (n 89) párr. 174.

⁹² Hector Herrera, The Global Network for Human Rights and The Environment, «The Legal Status of Fracking Worldwide: An Environmental law and Human Rights Perspective» (2020) disponible en: [https://gnhre.org/2020/01/06/the-legal-status-of-fracking-worldwide-an-environmental-law-and-human-rights-perspective/#:~:text=In%202019%2C%20this%20process%20intensified,The%20Washington%20Post%2C%202019\).](https://gnhre.org/2020/01/06/the-legal-status-of-fracking-worldwide-an-environmental-law-and-human-rights-perspective/#:~:text=In%202019%2C%20this%20process%20intensified,The%20Washington%20Post%2C%202019).)

⁹³ *ibid.*

⁹⁴ Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos *Las personas defensoras de los derechos humanos y las empresas en Colombia* (marzo de 2020) disponible en: <https://www.business-humanrights.org/es/defensores/informes/las-personas-defensoras-de-los-derechos-humanos-y-las-empresas-en-colombia/>

⁹⁵ Amanda Romero-Medina, Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos, «Revisiting the role of business in contexts of conflict and post-conflict: the case of Colombia» (21 de febrero de 2021) disponible en <https://www.business-humanrights.org/en/blog/revisiting-the-role-of-business-in-contexts-of-conflict-and-post-conflict-the-case-of-colombia/>.

⁹⁶ María Soledad Betancur *Mining Production, Territory and Conflict in Colombia* GermanWatch en colaboración con Instituto Popular de Capacitación ISBN: 978-958-56503-5.-0; véase también J.D. Colgan *Oil, Conflict, and U.S. National*



51. Las decisiones políticas al nivel nacional demuestran la evolución de la opinión de la comunidad internacional sobre el fracking. Los Estados Unidos, que antes promovía la expansión de las industrias extractivas a nivel internacional, está abandonando cada vez más la fracturación hidráulica en favor de las energías renovables, de acuerdo con sus compromisos internacionales modernos.⁹⁷ Más de 15 estados han aplicado una moratoria o han adoptado restricciones sobre sus prácticas.⁹⁸ En enero de 2021, el presidente Biden emitió un decreto para la pausa inmediata de nuevos arrendamientos de petróleo y gas natural en tierras públicas federales o en aguas de alta mar hasta la finalización de una «revisión exhaustiva» y la reconstrucción de las prácticas de permisos y arrendamientos.⁹⁹ Del mismo modo, el fracking está ampliamente prohibido en Europa por motivos medioambientales y por la aplicación del principio de precaución.¹⁰⁰
52. A raíz de las extensas prácticas de fracking de Argentina, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU emitió recomendaciones a Argentina para que redujera sus prácticas de fracking conforme a sus compromisos en el marco del Acuerdo de París.¹⁰¹ El gobierno argentino había confiado en el fracking para resolver sus problemas económicos, como la creación de empleo y la inversión extranjera. Subvencionó mucho a esta industria en el periodo 2016-2018, con subvenciones gubernamentales que cubrían alrededor del 86% de la inversión de la empresa.¹⁰² Por lo tanto, la deseada inyección económica no está ni mucho menos garantizada, dado que Colombia probablemente tendrá que subvencionar en gran medida la industria del fracking, teniendo en cuenta la caída de los precios del petróleo como resultado del cambio mundial hacia fuentes de energía más renovables, así como la escasa sostenibilidad de la exportación y extracción de petróleo en cualquiera de sus formas.¹⁰³

Interests Harvard Kennedy School Belfer Center; se explica que el petróleo es una de las principales causas de guerra y lo será cada vez más a medida que suframos escasez de recursos petrolíferos. Obsérvese que esto se refiere a los intereses nacionales de Estados Unidos, pero enuncia las preocupaciones generales en materia de seguridad internacional.

⁹⁷ En 2013, el Departamento de Estado bajo la administración de Obama creó una «Iniciativa Global de Gas de Lutita» («*Global Shale Gas Initiative*») para promover la expansión extraterritorial de las industrias extractivas. Se dirigió específicamente a Colombia junto con otros países latinoamericanos.

⁹⁸ Inside Climate News, «Map: The Fracking Boom, State by State» (20 de enero de 2015) disponible en: <https://insideclimatenews.org/news/20012015/map-fracking-boom-state-state/>.

⁹⁹ Vinson & Elkins, «Biden Administration Halts New Oil and Gas Leasing on Federal Public Lands: What you need to know» (27 de enero de 2021) disponible en: <https://www.velaw.com/insights/biden-administration-halts-new-oil-and-gas-leasing-on-federal-public-lands-what-you-need-to-know/>.

¹⁰⁰ Cfr. Gobierno del Reino Unido, «Government ends support for fracking», comunicado de prensa del Gobierno del Reino Unido (2 de noviembre de 2019) disponible en: <https://www.gov.uk/government/news/government-ends-support-for-fracking>.

¹⁰¹ Naciones Unidas Consejo Económico y Social, «Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Argentina» (1 de noviembre de 2018) UN Doc E/C.12/ARG/CO/4

¹⁰² NACLA, «Argentina's Failing Fracking Experiment» (29 de abril de 2020) disponible en: <https://nacla.org/news/2020/04/29/vaca-muerta-argentina-fracking#:~:text=of%20economic%20growth,-.In%20Buenos%20Aires%2C%20fracking%20is%20seen%20as%20solving%20multiple%20problems,currency%20and%20pay%20back%20debt>.

¹⁰³ Hay que tener en cuenta también los compromisos adquiridos en el marco del Acuerdo de París (2016), firmado por 175 partes, que incluye compromisos para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y el uso de combustibles



53. Estos casos, declaraciones y decisiones políticas de los tribunales e instituciones internacionales demuestran un estricto entendimiento de que los Estados deben cumplir con los derechos humanos y garantizar que las empresas que participan en proyectos de fracking también lo hagan. Las obligaciones establecidas en el Informe de la Comisión de Expertos, refrendado por el Consejo de Estado, concuerdan con las normas internacionales de derechos humanos y, por tanto, deben cumplirse a la hora de permitir los PPII.

III. EL ARGUMENTO

54. El *Incidente de Desacato* de julio de 2020 (n.º 11001-03-26-000-2016-00140-00 (57819))¹⁰⁴ señala qué elementos de los Proyectos Piloto («PPII») previstos y el Decreto 328 (2020) son incompatibles con las recomendaciones del Informe de la Comisión de Expertos.¹⁰⁵ Este *Incidente de Desacato* fue suscrito por «Coadyuvantes» del Demandante en el marco del procedimiento de nulidad simple de referencia y aborda el incumplimiento de los PPII de la Resolución de Medidas Cautelares del Ministerio de Minas y Energía del 8 de noviembre de 2018. En su decisión del 17 de septiembre de 2019,¹⁰⁶ el Consejo de Estado de Colombia dejó claro que una nueva implementación de los PPII tendrá que cumplir con las recomendaciones hechas en el Informe de la Comisión de Expertos.¹⁰⁷ A continuación, en este apartado se explicará el incumplimiento por parte de los PPII de las recomendaciones de este Informe¹⁰⁸ y se evaluará su compatibilidad con el marco de derecho internacional presentado anteriormente.

3.1. Ausencia de análisis y gestión de riesgos suficientes

55. El informe de la Comisión Interdisciplinaria Independiente de abril de 2019 exige, entre otros, la protección de la biodiversidad, la evaluación de los impactos ambientales, el análisis y la gestión

fósiles. A medida que los Estados se decantan cada vez más por las energías renovables, cualquier beneficio económico que se obtenga de una nueva forma de extracción de combustibles fósiles tiene una vida limitada (solo transitoria), además de entrar en contradicción directa con las obligaciones del Acuerdo. Véanse los párrafos 20 y 61.

¹⁰⁴ Medio de control de nulidad simple contra la Resolución 90341 de 2014 y Decreto 3004 de 2013 del Ministerio de Minas y Energía, *Incidente de Desacato – Decreto 328 del 28 de febrero de 2020* Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00140-00 (57819).

¹⁰⁵ Comisión Interdisciplinaria Independiente (2019), *Informe sobre efectos ambientales (bióticos, físicos y sociales) y económicos de la exploración de hidrocarburos en áreas con posible despliegue de técnicas de fracturamiento hidráulico de roca generadora mediante perforación horizontal* («Informe de la Comisión de Expertos»).

¹⁰⁶ Consejo de Estado, 17 de Septiembre 2019, Radicación número 11001-03-26-000-2016-00140-00 (57819).

¹⁰⁷ Comisión Interdisciplinaria Independiente, ‘Informe sobre efectos ambientales (bióticos, físicos y sociales) y económicos de la exploración de hidrocarburos en áreas con posible despliegue de técnicas de fracturamiento hidráulico de roca generadora mediante perforación horizontal’, Bogotá, abril de 2019.

¹⁰⁸ *ibid.* 101.



de los riesgos, y la mejora de la capacidad institucional para garantizar la protección de derechos humanos «ambientales». Para salvaguardar estos derechos humanos, antes de la ejecución de los PPII, Colombia tiene la obligación de: (1) aplicar el principio de precaución, y (2) «llevar a cabo evaluaciones exhaustivas de los efectos ambientales y sociales de las actividades y sus efectos en los derechos humanos, en que se examinen los recursos naturales existentes en las zonas respectivas, los efectos acumulativos de los proyectos y la vinculación socioeconómica con las cuestiones ambientales».¹⁰⁹

56. El punto 13.5 del Informe de la Comisión de Expertos recomienda que los impactos pasivos o indirectos (impactos ambientales no resueltos/no compensados) causados por la industria de los hidrocarburos en los yacimientos convencionales deben ser evaluados y mencionados en el Decreto 328 (2020).¹¹⁰ Como se aborda en el *Incidente de Desacato*¹¹¹, el Decreto 328 (2020) no incluye medidas para identificar y gestionar las obligaciones ambientales y los impactos no resueltos del fracking en los yacimientos de hidrocarburos.¹¹² Esto contrasta con el Decreto 328 (2020) que fue puesto a disposición del público, y que contiene la siguiente disposición que reconoce la existencia de impactos no resueltos:

*Artículo 2.2.1.1.1A.2.3. Requisitos ambientales (...) Parágrafo Primero: Durante la ejecución de las actividades de exploración de los PPII, las autoridades ambientales nacionales en colaboración con la ANH y los contratistas PPII, identificarán los impactos ambientales no resueltos que hayan surgido por la industria de los hidrocarburos, así como los rezumaderos naturales en el área de influencia del proyecto. A dicho inventario de impactos ambientales no resueltos, se le aplicará el procedimiento que Gobierno nacional expida para tal fin.*¹¹³

57. Esta laguna en el Decreto 328 (2020) ignora el punto 13.5 del Informe de la Comisión de Expertos frente a la resolución de las obligaciones ambientales derivadas de la industria de hidrocarburos en yacimientos convencionales¹¹⁴. Sin embargo, el cumplimiento de esta recomendación es clave para evitar los daños ambientales causados por el fracking. La Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) estima que los campos Lisama, La Cira-Infantas y La Rompida, ubicados en los municipios de Barrancabermeja, Puerto Wilches, Canta Gallo y Yondo, han sufrido 366 incidentes relacionados con derrames de petróleo en los últimos tres años (un promedio de 10 incidentes por mes). Muchos de estos derrames fueron provocados por «pozos mal abandonados» y supusieron derrames de crudo y fallos operativos o materiales de oleoductos o líneas de flujo.

¹⁰⁹ Informe del Relator Especial sobre las obligaciones de derechos humanos relacionadas con la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos, Calin Georgescu (2 de julio de 2012) UN Doc A/HRC/21/48.

¹¹⁰ *ibid*, apartado 13.5.

¹¹¹ *ibid* 101.

¹¹² *ibid*. 104.

¹¹³ República de Colombia, Ministerio de Energía, *Decreto Número 328 de 28 Feb 2020*.

¹¹⁴ Informe de la Comisión de Expertos (n.º 105), apartado 13.5.



Estos hechos demuestran la alta probabilidad de que se produzcan daños ambientales importantes en la zona geográfica de los PPII.¹¹⁵

58. Esta cuestión requiere una regulación completa y suficiente. El informe de la Comisión de Expertos establecía la condición de que se identificaran y gestionaran los futuros impactos ambientales no resueltos derivados de los PPII y se identificaran las partes responsables. Además, el informe señala que deben establecerse estrategias de mitigación o compensación, lo que exige que el Decreto 328 (2020) defina claramente los «impactos ambientales no resueltos». Sin embargo, el Decreto hace caso omiso a estas declaraciones de la Comisión de Expertos y a la decisión del Consejo de Estado¹¹⁶ de seguir estrictamente las recomendaciones de la Comisión Interdisciplinaria Independiente.¹¹⁷
59. Además, para implementar los PPII, el punto 13.6. del Informe de la Comisión de Expertos recomienda un análisis de riesgos que incluya todos los posibles análisis de investigación pertinentes sobre las variables geo-científicas. Los riesgos asociados con las tecnologías deben ser «razonablemente manejables». En todo caso, las empresas operadoras tienen la responsabilidad de compensar todos los impactos ambientales y sociales, previstos y no previstos, que la utilización de estas tecnologías pueda generar.¹¹⁸ Este apartado se basa en el derecho de acceso a la reparación, que constituye el tercer pilar en el marco de los Principios Rectores de la ONU. Además, el análisis de riesgos también está sujeto al principio de precaución y el apartado 14.1 añade que los PPII deben realizarse de forma que tengan el menor impacto posible.
60. Sin embargo, el Decreto 328 (2020) no especifica cuál es la tecnología requerida que resulta en el menor impacto ambiental posible, cómo se certifica o cómo se controla. Esto deja un vacío jurídico para la aplicación de esta tecnología y no garantiza la exhaustividad del análisis y la gestión del riesgo, tal como recomienda el Informe de la Comisión de Expertos. Además, las recomendaciones de la Comisión de Expertos establecen claramente que en los PPII se deben seleccionar tecnologías de mínimo impacto en la fase de condiciones previas. Sin embargo, las disposiciones del Decreto 328 (2020) que regulan esta fase, no tienen en consideración el carácter científico de los PPII. Las disposiciones no mencionan esta selección de tecnologías de mínimo impacto, ni la participación de universidades o centros de investigación.¹¹⁹
61. La ausencia en el Decreto 328 (2020) de la tecnología de mínimo impacto descrita también es problemática teniendo en cuenta el marco de derecho internacional presentado en el capítulo 2.1 de este escrito. Como se ha explicado, las Directrices de la OCDE exigen que se observe el principio de precaución cuando se trata de actividades empresariales que pueden afectar a la salud

¹¹⁵ *ibid* 104.

¹¹⁶ *ibid*. 103.

¹¹⁷ *ibid* 7.

¹¹⁸ Informe de la Comisión de Expertos (n.º 105), apartado 13.6.

¹¹⁹ *Incidente de Desacato* (n 104) 27.



y la seguridad pública y/o al medio ambiente.¹²⁰ El Decreto 328 (2020) es contrario a esta directriz, ya que no explica suficientemente cómo debe ser el cumplimiento de las empresas a este respecto. Además, los principios 17 y 18 de los Principios Rectores de la ONU, también presentados en el capítulo 2.1, imponen a las empresas la responsabilidad de actuar con la debida diligencia sobre los posibles impactos de sus actividades empresariales en los derechos humanos.

62. Asimismo, aunque el Decreto 328 (2020) y los PPII consiguientes hubieran incorporado un mecanismo de análisis y gestión de riesgos, se podría aducir que los proyectos de fracking son contrarios al compromiso de Colombia de luchar contra el cambio climático.
63. En este sentido, el Acuerdo de París de 2015 reviste especial importancia, ya que pide a cada Estado miembro que dé cuenta de sus propias responsabilidades en relación con la mitigación del cambio climático.¹²¹ El objetivo del Acuerdo de París es mantener el aumento de la temperatura media mundial considerablemente por debajo de 2 °C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5 °C con respecto a los niveles preindustriales. Para lograrlo, las Partes contratantes deben elaborar planes climáticos nacionales destinados a reducir los gases de efecto invernadero y a ser neutrales en cuanto al carbono. Colombia fue uno de los pocos Estados miembros que presentó un plan de Contribución Determinada a Nivel Nacional de Colombia (NDC por sus siglas en inglés) actualizado en 2020, reforzando así su compromiso con la acción climática.¹²² Se trata de la NDC más ambiciosa de América Latina y se ajusta rigurosamente al objetivo de Colombia de alcanzar la neutralidad en carbono para 2050. Por lo tanto, el desarrollo de nuevas formas de extracción de combustibles fósiles, como los PPII, va en contra de los propios compromisos de Colombia, así como de las obligaciones del Acuerdo de París.
64. Y lo que es más importante, se pueden hacer valer estas obligaciones en virtud del Acuerdo de París. La sentencia del Tribunal Supremo de los Países Bajos en el caso *Estado de los Países Bajos Vs. Urgenda* es una sentencia histórica en este sentido.¹²³ En ella, el Tribunal Supremo consideró que los Países Bajos tenían una obligación positiva en virtud de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) de tomar medidas para la prevención del cambio climático y que debían reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en al menos un 25% para finales de 2020, en comparación con los niveles de 1990.¹²⁴ Concluyó que el Estado tiene la obligación de

¹²⁰ Cfr. pág. 55 y ss.

¹²¹ Acuerdo de París, 12 de diciembre de 2015, UNTS I-54113 (ratificado por Colombia en junio de 2017).

¹²² Cfr. World Resources Institute, Colombia Shows Leadership in the Race Against Climate Change (11 de febrero de 2021) disponible en línea: <https://www.wri.org/insights/colombia-shows-leadership-race-against-climate-change>

¹²³ HR 20 de diciembre de 2019, ECLI:NL:HR:2019:2007 (*The State of the Netherlands v Stichting Urgenda*). *El Estado de los Países Bajos contra la Fundación Urgenda*, Tribunal Supremo de los Países Bajos, sentencia del 12 de diciembre de 2019, 19/00135.

¹²⁴ Recientemente, un tribunal holandés consideró que Royal Dutch Shell, una empresa privada, también tenía la obligación de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en virtud del derecho internacional de los derechos humanos. Cfr. *Milieudefensie Vs. Royal Dutch Shell* (n 25).



actuar con la debida diligencia para adoptar medidas preventivas, de acuerdo con el principio de precaución, y que estas obligaciones pueden vincularse a los objetivos de las emisiones de gases de efecto invernadero en virtud, por ejemplo, del Acuerdo de París. La sentencia es importante porque demuestra cómo un tribunal puede determinar las responsabilidades de un Estado individual en relación con la mitigación del cambio climático y cómo las obligaciones relativas al cambio climático pueden basarse en el derecho internacional de los derechos humanos.¹²⁵ Por lo tanto, sus conclusiones van más allá de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de 2017 y pueden resultar útiles para hacer valer los propios compromisos de Colombia en materia del cambio climático.¹²⁶

65. Así, el Decreto 328 (2020) tampoco da cuenta de los compromisos ambientales de Colombia en el marco del Acuerdo de París y de la NDC colombiana, actualizada en 2020, de cambiar a fuentes de energía renovables y de reducir su consumo de combustibles fósiles, así como sus emisiones de gases de efecto invernadero.

3.2. Ausencia de licencia social para operar

66. El punto 13.2 del Informe de la Comisión de Expertos aborda el concepto de licencia social y afirma que es necesario construir confianza entre las comunidades, las instituciones y las empresas para avanzar en la ejecución de los PPII.¹²⁷ La Comisión habla de un «diálogo de saberes» entre el Estado y las comunidades que permita lograr acuerdos de convivencia entre las diversas culturas e intereses. La información pertinente debe proporcionarse a las comunidades locales de manera oportuna y completa. En el capítulo VI, directriz 2 (a) y (b) de las Directrices de la OCDE, el aspecto de la información y la consulta pública desempeña un papel central. Señala que las empresas deben «desarrollar una actividad de comunicación y consulta adecuada y puntual con las comunidades directamente afectadas por las políticas medioambientales, de salud y seguridad de la empresa y por su aplicación».¹²⁸ De este modo, los proyectos empresariales que vayan a afectar al medio ambiente y al hábitat social de un grupo de personas, no solo ganan legitimidad para operar sino que además generan más credibilidad y confianza en estos proyectos.
67. Asimismo, el Estado tiene, entre otras obligaciones, el deber de generar, recopilar y evaluar la información adecuada, comunicarla efectivamente, en particular a la población en riesgo.¹²⁹

¹²⁵ Para un análisis de este enfoque de derechos humanos, véase Maiko Meguro, «Litigating climate change through international law: Estrategia de obligaciones y estrategia de derechos» (2020) 33 LJIL 933.

¹²⁶ Cfr. párrs. 45-46 anteriores.

¹²⁷ Informe de la Comisión de Expertos (n.º 105), apartado 13.2.

¹²⁸ OECD, *Herramientas y Enfoques Empresariales* (n.º 50) 12.

¹²⁹ CIDH, Resolución 24/2019, Medidas cautelares n.º 1498/18, Marcelino Díaz Sánchez y otros respecto de México (23 de abril de 2019) párr. 24 (CIDH. Resolución 24/2019. Medidas Cautelares No.1498/18. Marcelino Díaz Sánchez y otros (México). 23 de abril de 2019, párra.24)



Además, el Estado debe facilitar el derecho de participación de los titulares de derechos en la toma de decisiones en tales contextos, así como implementar acciones para que las empresas involucradas con el manejo de tales sustancias realicen la diligencia debida en materia de derechos humanos.¹³⁰ La investigación sobre el impacto ambiental y social del fracking debe ser realizada por entidades independientes¹³¹ y los resultados deben compartirse y consultarse con las comunidades concernidas para que puedan expresar su punto de vista y realizar una verificación independiente. De acuerdo con la Corte Constitucional de Colombia: «Son las comunidades, justamente, las que pueden identificar los impactos espirituales, culturales las demás afectaciones que pueden derivarse de los proyectos. Cuando sus percepciones no son consideradas, se entiende que no fueron informados de manera suficiente previa realización del proceso de consulta».¹³² El acceso a la información es, por tanto, una condición previa/requisito inherente para la adquisición de la licencia social.

68. Como indican claramente los debates recogidos en el *Incidente de Desacato*,¹³³ la redacción del Decreto no garantiza que las comunidades afectadas sean escuchadas y, por lo tanto, los PPII no cumplen con los requisitos de la licencia social. El Decreto se limita a incluir solo a algunos elementos de participación y omite establecer una disposición que regule el concepto de licencia social y la forma en que esta se otorga por parte de las comunidades locales.¹³⁴ La ejecución de los PPII no cuenta con las licencias sociales requeridas según el informe de la Comisión de Expertos y, por lo tanto, la redacción del Decreto 328 (2020) ofrece una protección insuficiente contra los impactos potenciales de los PPII en los derechos humanos internacionales.
69. Además de sus Directrices, el marco de la OCDE también proporciona orientación sobre cómo lograr los objetivos presentados en sus Directrices.¹³⁵ En relación con la forma de conseguir una licencia social, las directrices de la OCDE recomiendan a las empresas «[c]omunicar externamente la información que sea relevante acerca de las políticas, procesos y actividades de debida diligencia llevadas a cabo para identificar y abordar los impactos negativos reales o potenciales, incluidas las conclusiones y los resultados de esas actividades».¹³⁶ Para compartir esta información, hay que consultar a los grupos afectados de forma clara y accesible. De este modo, se puede crear una licencia social para operar, tal y como exigen las recomendaciones de los expertos.

3.3. Incompatibilidad del Decreto 328 (2020) con el derecho de acceso a la información

¹³⁰ *ibid.*

¹³¹ Sentencia SU-133 de 2017 de la Corte Constitucional de Colombia, párr. 109

¹³² *ibid.*

¹³³ *ibid.* 101.

¹³⁴ *Incidente de Desacato* (n 104) 16.

¹³⁵ OCDE, *Guía de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable*, 3 de abril de 2018.

¹³⁶ *ibid* Parte II.5.1 (sobre «Informar sobre cómo se abordan los impactos»).



70. El derecho de acceso a la información,¹³⁷ incluye aquella información necesaria para el ejercicio o protección de los derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación o desarrollo, aunque implique divulgar información relativa a actividades de empresas privadas.¹³⁸ De acuerdo con el derecho internacional, los Estados tienen el deber de establecer mecanismos adecuados de rendición de cuentas, seguridad jurídica y transparencia procesal y legal.¹³⁹ Colombia tiene la obligación de conceder acceso a la información que sea relevante para el interés público.
71. Los Estados justifican la no divulgación de información alegando que se trata de asuntos de seguridad nacional o de información financiera privada; sin embargo, los motivos por los que se puede restringir el derecho humano fundamental de acceso a la información son muy limitados. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se exige que «[l]as autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación,¹⁴⁰ el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones».¹⁴¹
72. Las restricciones al derecho de acceso a la información deben tener verdadera excepcionalidad, consagración legal, objetivos legítimos, necesidad y estricta proporcionalidad.¹⁴² Cierta

¹³⁷ Como se lee a la luz de:

(1) Comisión de Derechos Humanos y Medio Ambiente de las Naciones Unidas, «Los principios de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo» (9 de marzo de 1994) UN Doc E/CN.4/RES/1994/65. Véase, en particular, el principio 10 de la Declaración: «El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.»

¹³⁸ Cfr. Sentencia SU-133 (n 132) párr. 107.

¹³⁹ Comentario al Principio Rector de la ONU 1.

¹⁴⁰ Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas) Sentencia de 19 de septiembre de 2006, CIDH Serie C n.º 151, párr. 92. En este caso, el Estado alegó que la información solicitada era confidencial, ya que aludía a información privada, que de hacerse pública podría lesionar sus legítimas expectativas comerciales. La Corte, por su parte, entendió que la información solicitada era de interés público, ya que «la información que fue solicitada guardaba relación con un contrato de inversión extranjera celebrado originalmente entre el Estado y dos empresas extranjeras y una empresa chilena receptora, con el fin de desarrollar un proyecto de industrialización forestal, que generó gran discusión pública por el impacto ambiental que podía tener». La sentencia aclara que las autoridades estatales se rigen por el principio de máxima divulgación, que exige que la información solicitada sea accesible, salvo en circunstancias previamente establecidas por la ley, que responda a un objetivo legítimo y sea necesaria en una sociedad democrática.

¹⁴¹ CIDH, «El derecho de acceso a la información pública en las Américas: estándares interamericanos y comparación de marcos legales» (30 de diciembre de 2011) Doc CIDH/RELE/INF. 7/12, párr. 15.

¹⁴² El principio 4 de la Declaración de principios sobre libertad de expresión de la CIDH estipula que el «[a]cceso a la información... sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso



información *solo* puede clasificarse como secreta si la publicación de la información *de facto* pone en peligro la protección del público.¹⁴³ En estos casos, el Estado debe hacer públicos los motivos que justifiquen la denegación de la divulgación de la información, aunque «ante una duda o un vacío legal, debe primar el derecho de acceso a la información».¹⁴⁴ Sin embargo, en el caso que nos ocupa, las posibles repercusiones socioambientales de los PPII son indudablemente una cuestión de interés público. Por lo tanto, el acceso público a la información sobre los riesgos de los PPII permitiría a los ciudadanos evaluar el peligro al que están expuestos.¹⁴⁵ Colombia tiene la obligación de proporcionar al público la máxima información posible, en particular aquella de la que depende el ejercicio de otros derechos, por ejemplo, la que afecta a la salud.¹⁴⁶ De este modo, Colombia debe garantizar un acceso fácil, rápido, efectivo y práctico a la información relativa a los PPII,¹⁴⁷ que debe ser completa, comprensible, con un lenguaje accesible y debe encontrarse actualizada.¹⁴⁸

73. El corolario de la «máxima divulgación» es el principio de transparencia. La transparencia garantiza un acceso sin restricciones a información oportuna y fiable sobre decisiones y resultados.¹⁴⁹ El Decreto no incluye requisitos sobre la divulgación completa de los riesgos para los derechos humanos que conllevan los PPII. El Decreto no instituye específicamente pautas para la aplicación del principio de transparencia, ni desarrolla las bases para que los PPII cumplan con este principio, ni prevé la implementación de procedimientos que deben garantizar este cumplimiento.
74. A este respecto, el capítulo de las Directrices de la OCDE sobre divulgación de información, hace hincapié en que la transparencia de las empresas es crucial para que se pueda conocer mejor a las empresas y sus interacciones con la sociedad y el medio ambiente. Por lo tanto, las empresas deben «responder a las demandas de información de una sociedad cada vez más exigente».¹⁵⁰ En el marco del derecho internacional, Colombia tiene el deber de hacer cumplir las leyes que exigen

que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.» Disponible en: <http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=26&IID=2>

¹⁴³ CIDH (n.º 141) párr. 21.

¹⁴⁴ *ibid* párr. 15(c).

¹⁴⁵ *Taşkin v Turkey*, 2004-X Tribunal Europeo de Derechos Humanos 179, párr. 119. Véase también *Öneryildiz v Turquía*, 2004-XII Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1, párrafo 90 (donde se aplica el derecho a la información en relación con el derecho a la vida); *Claude-Reyes v Chile* (n.º 140) (donde se ordena al Estado que adopte las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información en poder del Estado).

¹⁴⁶ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, «El Derecho de Acceso a la Información en el Marco Jurídico Interamericano» (30 de diciembre de 2009) Doc OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF 1/09, párrs. 30-32.

¹⁴⁷ CDH, *Observación general* n.º 34 «Artículo 19: Libertad de opinión y libertad de expresión» (12 de septiembre de 2011) CCPR/C/GC/34, párr. 19.

¹⁴⁸ CIDH (n.º 141) párr. 261.

¹⁴⁹ Consejo de Derechos Humanos de la ONU, «Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el papel de la función pública como componente esencial de la buena gestión pública en la promoción y protección de los derechos humanos» (23 de diciembre de 2013) UN Doc A/HRC/25/27, párr. 18.

¹⁵⁰ OCDE (2011), *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, <https://doi.org/10.1787/9789264202436-es>. Capítulo III, párr. 28 (página 28).



a las empresas el respeto de los derechos humanos, lo que debe hacerse de forma concomitante con su deber de «alentar y si es preciso exigir a las empresas que expliquen cómo tienen en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos».¹⁵¹ Antes, durante y después de la ejecución de los PPII, los diálogos con las comunidades afectadas deben llevarse a cabo de forma transparente e integral para abordar la información de forma exhaustiva.¹⁵² La comunicación de las empresas «de las medidas que adoptan para tener en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos, puede variar, desde simples compromisos informales con los afectados hasta la publicación de informes oficiales», y debe abarcar información sobre todas las actividades, riesgos y efectos asociados a los proyectos piloto.¹⁵³

75. El Decreto se limita simplemente a señalar a quien se le debe reportar la información y qué información se reportará.¹⁵⁴ Sin embargo, no aplica directrices de procedimiento claras que faciliten la participación de las comunidades afectadas en la toma de decisiones y la plena divulgación de la información. Esto se traduce potencialmente en que las comunidades no conocen bien sus derechos, lo que provoca su exclusión. El Decreto no garantiza, de ninguna manera, el ejercicio del derecho fundamental a la información, consagrado en los artículos 13 y 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹⁵⁵
76. El Decreto 328 (2020) incluye una disposición que señala que la información relacionada con los PPII se difundirá a través de un Centro de Transparencia.¹⁵⁶ Esta entidad será administrada y operada por el Ministro de Minas y Energía, o por un tercero designado por el ministerio, lo que pone en peligro la neutralidad y equidad del organismo. Según el Acuerdo de Escazú, suscrito por Colombia, los Estados deben establecer órganos o instituciones *imparciales y con independencia*, con el objeto de promover la transparencia en el acceso a la información ambiental, fiscalizar el cumplimiento de las normas, así como vigilar, evaluar y garantizar el derecho de acceso a la información.¹⁵⁷ La falta de imparcialidad e independencia puede suponer un incumplimiento de las obligaciones del Estado de garantizar el derecho humano en cuestión, así como de su obligación en virtud del artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

¹⁵¹ Véase, en este sentido, el Comentario al Principio Rector de la ONU 3.

¹⁵² Véase, en este sentido, el Informe de la Comisión de Expertos (n.º 105) 99.

¹⁵³ Comentario al Principio Rector de la ONU 3 (n.º 4) 6.

¹⁵⁴ *Incidente de Desacato* (n 104) 14.

¹⁵⁵ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión Comisión Interamericana de Derechos Humanos Organización de Estados Americanos: El derecho de acceso a la información (2009) disponible en: http://www.oas.org/dil/access_to_information_iachr_guidelines.pdf. Véase, en este sentido, el apartado 1: «El derecho de acceso a la información es una manifestación específica de la libertad de expresión protegida por el artículo 13 de la Convención Americana. Se trata de una manifestación de esta libertad que resulta particularmente importante para la consolidación, el funcionamiento y la preservación de los sistemas democráticos de gobierno, por lo cual ha recibido un alto grado de atención por la doctrina y la jurisprudencia internacional».

¹⁵⁶ Artículo 2.2.1.1.1A.3.2. del Decreto 328

¹⁵⁷ Véase, en este sentido, el artículo 18 del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe («Acuerdo de Escazú»)



77. Además, el Decreto 328 (2020) no tiene en cuenta las necesidades específicas de las comunidades. A modo ilustrativo, «parece desligarse de las realidades de las comunidades en donde se desarrollarán los PPII. En el Valle del Magdalena Medio los corregimientos rurales no tienen acceso a internet, sin embargo, se espera que estas comunidades accedan a un portal web para tener la información de los PPII».¹⁵⁸ El derecho de acceso a la información no se cumple con la mera publicación de información en línea, sino que se ejerce cuando se ponen en práctica garantías para asegurar que la información se democratiza para que las comunidades la entiendan y llegue realmente a las comunidades afectadas. Los PPII se llevarán a cabo en zonas periféricas y vulnerables del país. Esto significa que la brecha tecnológica obstaculizará aún más el derecho de acceso a la información, ya que los más afectados se verán además desfavorecidos por la falta de infraestructura (computadores y acceso a Internet). Dado que importantes segmentos de la población no tienen acceso a las nuevas tecnologías, Colombia «debe encontrar formas eficaces para realizar la obligación de transparencia activa en tales circunstancias».¹⁵⁹
78. El informe de la Comisión de Expertos ofrece un resumen de las reuniones celebradas con los diferentes actores locales. En todas las reuniones hubo preocupación por deficiencias institucionales, ya que se había generalizado la falta de consentimiento libre, previo e informado.¹⁶⁰ Además, durante mucho tiempo hubo una opaca relación de las autoridades locales con las empresas, sin suficiente diálogo con la población.¹⁶¹ Los actores privados y públicos deben «reconocer el derecho de acceso a la información y abstenerse de usar el privilegio de la confidencialidad de la información comercial para ocultar la información de salud y seguridad» relativa a sustancias como los dispersores químicos y las soluciones de fracturación hidráulica.¹⁶² Sin embargo, las comunidades más vulnerables tienen, la mayoría de las veces, dificultades para obtener información acerca de las negociaciones y los acuerdos entre las autoridades estatales y las empresas que afectan a sus tierras, sus medios de subsistencia y el medio ambiente a nivel local.¹⁶³ El Decreto no incluye un enfoque basado en los derechos humanos en la relación contractual con las empresas que llevarán a cabo los PPII. En este sentido, el Decreto debería hacer mención expresa a las cláusulas de confidencialidad, ya que estas ahondan potencialmente en la falta de transparencia y responsabilidad de los actores estatales y no estatales en la toma de decisiones.
79. El Decreto 328 (2020) no cumple con las disposiciones del Informe de la Comisión de Expertos, ya que no garantiza, en particular, la aplicación de políticas adecuadas de diligencia debida que respeten el principio de transparencia y el acceso a la información. El Estado tampoco genera las debidas garantías para respetar el derecho al consentimiento libre, previo e informado. Colombia

¹⁵⁸ *Incidente de Desacato* (n.º 104) 15.

¹⁵⁹ CIDH (n.º 141) párr. 261.

¹⁶⁰ Cfr. Informe de la Comisión de Expertos (n.º 105) 21.

¹⁶¹ *ibid.*

¹⁶² Informe del Relator Especial, Calin Georgescu (n.º 109) párr. 70(c).

¹⁶³ Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos (n.º 59) párr. 69.



tiene el deber de generar, recopilar, evaluar y actualizar la información adecuada y de comunicarla efectivamente, en particular a la población en riesgo. Por lo cual, el Estado tiene el deber de facilitar el derecho de participación en la toma de decisiones, así como implementar acciones para que las empresas involucradas con los PPII realicen la diligencia debida en materia de derechos humanos.¹⁶⁴

3.4. Incapacidad de proteger a los Defensores de los derechos humanos ambientales

(«DDHA»)

80. La Comisión de Expertos propuso una participación ciudadana transparente y activa durante la ejecución de los proyectos piloto. Sin embargo, la sociedad civil no ha sido incluida en el proceso, lo que ha dado lugar a protestas políticas. Esto ha conducido a que la vida y la integridad de los DDHA se vean en peligro, siendo así contrario a la licencia social y a las recomendaciones de la Comisión de Expertos. El Decreto 328 (2020) pasa por alto las amenazas que han recibido los DDHA como consecuencia de su oposición al fracking. En esencia, no implementa un mecanismo que garantice las condiciones de seguridad necesarias para que puedan llevar a cabo sus acciones libremente. El Decreto 328 (2020) se queda corto a la hora de fomentar efectivamente las condiciones para una participación abierta y segura de todos los colectivos afectados, por lo que no se pueden conceder las licencias sociales ante tal coyuntura.
81. En la región donde se van a implementar los PPII, se han producido conflictos de derechos humanos relacionados con movimientos de protesta social, ya que quienes se oponen al fracking han sido objeto de amenazas, acoso e intimidación. La CIDH ha establecido que las amenazas son de especial gravedad al existir una alta posibilidad de que se materialicen, teniendo consecuentemente un alto impacto de paralización del ejercicio del derecho a defender los derechos humanos.¹⁶⁵ La CIDH advierte que «las amenazas en muchos casos son la antesala de una situación de riesgo aún más grave, como es la posibilidad de un atentado contra la vida».¹⁶⁶ Por ello, es necesario que el Estado haga frente a este tipo de agresiones de forma diligente. El enfoque debe ser doble: (1) la implementación de estrategias a través de la investigación efectiva y fundamental (ámbito reactivo), y (2) el otorgamiento de medidas de protección que sean adecuadas y efectivas (ámbito preventivo).¹⁶⁷ Además, Colombia tiene el deber de garantizar que las empresas lleven a cabo la diligencia debida en materia de derechos humanos, también en relación con los derechos de los DDHA. Las empresas deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en

¹⁶⁴ Cfr. CIDH, Resolución 24/2019 (n.º 129) párr. 24.

¹⁶⁵ CIDH, «Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas» (7 de marzo de 2006) OEA/Ser.L/V/II.124, párr. 158.

¹⁶⁶ CIDH, «Informe sobre la situación de personas defensoras de derechos humanos y líderes sociales en Colombia» (6 de diciembre de 2019) OEA/Ser.L/V/II.262, párr. 129.

¹⁶⁷ *ibid.*



las que tengan alguna participación,¹⁶⁸ por lo que esto se extiende a la protección de los derechos humanos fundamentales de los defensores de los DDHA.

82. En relación con los DDHA, esto significa que deben identificar y evaluar los riesgos específicos para los derechos humanos de los DDHA y abordarlos, por ejemplo, a través de medidas para la prevención¹⁶⁹ y la desescalada de los conflictos, a través de un compromiso significativo, y expresando su apoyo a la participación crítica de la sociedad civil.
83. La CIDH ha señalado que en el caso de los defensores de los derechos humanos ambientales, el deber de prevención va más allá de proporcionar medidas materiales que protejan la integridad personal de los DDHA. Asimismo, no se limita a garantizar que los agentes del Estado no interfieran en el pleno ejercicio del derecho a defender los derechos humanos. Implica el deber de actuar sobre las causas estructurales que afectan a su seguridad, a fin de crear las condiciones necesarias para el disfrute efectivo de los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Estado debe facilitar los medios necesarios, como suprimir ambientes hostiles o peligrosos, y generar las condiciones necesarias para erradicar violaciones por parte de agentes estatales o particulares con el fin de garantizar el libre ejercicio de las actividades de las personas defensoras de derechos humanos.¹⁷⁰ Por lo tanto, Colombia debe:
- (1) abstenerse de obstaculizar su trabajo y resolver los obstáculos existentes para el mismo;
 - (2) evitar y dar respuesta a acciones destinadas a criminalizar indebidamente su trabajo;
 - (3) protegerles si están en riesgo, lo que podría implicar el cumplimiento de las medidas cautelares dictadas por la CIDH; y
 - (4) investigar, aclarar, enjuiciar y sancionar los crímenes cometidos contra ellos.¹⁷¹

IV. CONCLUSIÓN

84. Teniendo en cuenta lo anterior, concluimos que el Decreto 328 (2020) no cumple con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.
85. En virtud del decreto, el Estado incumple su obligación positiva de proporcionar información de manera oportuna, completa y accesible. Para ello, Colombia debe asegurar la plena satisfacción

¹⁶⁸ Cfr. Principio Rector de la ONU 11.

¹⁶⁹ CIDH, Comunicado de Prensa No. 065/18, CIDH urge a Colombia a tomar medidas urgentes para proteger a personas defensoras de derechos humanos y líderes sociales, 27 de marzo de 2018; ONU, Situación de los derechos humanos en Colombia Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 4 de febrero de 2019, párr. 107

¹⁷⁰ CIDH, «Defensores de los derechos humanos en Colombia» (n.º **¡Error! Marcador no definido.**) párr. 175.

¹⁷¹ CIDH, «Segundo Informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas» (31 de diciembre de 2011) OEA/Ser.L/V/II.66, párr. 479. (Cfr. CIDH, Segundo Informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas, OEA/Ser. L/V/II. Doc. 66, 31 de diciembre de 2011, párr. 479). Véase, asimismo, Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos (2019), párr. 173



del derecho de acceso a la información, adoptando medidas positivas para garantizar que el acceso a la información se cumpla de forma equitativa y de acuerdo con el principio de máxima divulgación. Como se ha dilucidado anteriormente, el derecho internacional de los derechos humanos impone a Colombia la obligación procesal de (a) evaluar los impactos ambientales y hacer pública la información ambiental; y (b) facilitar la participación pública en la toma de decisiones ambientales, incluso protegiendo los derechos de expresión y asociación.

86. En relación con el derecho de expresión y asociación, el Decreto no tiene en cuenta la repercusión de los PPII en los derechos y libertades de los defensores de los derechos humanos ambientales. Colombia tiene el deber de garantizar que las empresas lleven a cabo la diligencia debida en materia de derechos humanos. El deber de Colombia es garantizar que la conducta de las empresas se lleve a cabo con la diligencia debida en materia de derechos humanos, asegurando así que las actividades de la empresa no desencadenen y/o agraven la hostilidad a la que se enfrentan los DDHA.
87. Al establecer las condiciones para el desarrollo de los Proyectos Piloto, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró en su auto de 17 de septiembre de 2019 que los PPII, para su implantación, debían ceñirse estrictamente a las recomendaciones realizadas por la Comisión Interdisciplinaria. Por consiguiente, el Consejo de Estado solo autoriza la ejecución de los PPII si los proyectos se ajustan a cada uno de los puntos de las recomendaciones de los expertos. El capítulo 3 de este escrito demuestra que el Decreto 328 (2020) no cumple con estas condiciones y su redacción no presta suficiente atención a la concesión de licencias sociales, a un análisis de riesgos adecuado ni al derecho de acceso a la información. También se ha demostrado que el decreto carece de independencia e imparcialidad.

A la luz de los argumentos expuestos anteriormente, respetuosamente solicitamos ante la uez que: (1) nos tenga por presentados en calidad de *amicus curiae*, y (2) tenga debida consideración los argumentos manifestados en base a las obligaciones de Colombia en virtud del derecho internacional y del derecho internacional de los derechos humanos.



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Bogotá

CLÍNICA JURÍDICA SOBRE DERECHO Y TERRITORIO

V. NOTIFICACIONES

Recibiremos notificaciones en las direcciones electrónicas:

JUAN FELIPE GARCÍA ARBOLEDA: [REDACTED]

JOAQUÍN GARZÓN: [REDACTED]

Atentamente,

Juan Felipe García Arboleda
C.C. [REDACTED]
T.P. [REDACTED]
Abogado – Clínica Jurídica en Derecho y Territorio
Facultad de Ciencias Jurídicas
Pontificia Universidad Javeriana
Celular: [REDACTED]

Joaquín Garzón
Joaquín Antonio Garzón Vargas
C.C. [REDACTED]
T.P. [REDACTED]
Abogado – Clínica Jurídica en Derecho y Territorio
Facultad de Ciencias Jurídicas
Pontificia Universidad Javeriana
Celular: [REDACTED]