



www.respublicaargentina.com

RES PUBLICA ARGENTINA

Información pública, pero no tanto.

El nuevo procedimiento para denunciar **incumplimientos** del Reglamento de Acceso a la Información Pública

Por *AGUSTÍN A. M. GARCÍA SANZ*. [p.7](#)

Del Tribuno de la Plebe al Defensor del Pueblo latinoamericano

Por *CARLOS R. CONSTENLA*. [p.27](#)

Derecho Internacional de los Derechos Humanos y **políticas públicas**.

Justiciabilidad de los derechos sociales en latinoamérica

Por *JULIETA ROSSI*. [p. 47](#)

La construcción global del financiamiento internacional para el desarrollo.

Derechos Humanos y desarrollo sustentable

Por *JORGE DANIEL TAILLANT*. [p. 59](#)

Consejo de Redacción

Director: *AGUSTÍN GORDILLO*

Subdirector: *AGUSTÍN A. M. GARCÍA SANZ*

Consejeros: *MARCELO BRUNO DOS SANTOS • SANTIAGO R. CARRILLO*

NICOLÁS DIANA • FRANCISCO J. FERRER • JOSEFINA PAZOS • KARINA PRIETO

ORLANDO D. PULVIRENTI • GUILLERMO SCHEIBLER

Res Publica Argentina



2008-2

Mayo - Agosto 2008

Consejo de Redacción

Director: AGUSTÍN GORDILLO • **Subdirector:** AGUSTÍN A. M. GARCÍA SANZ

Consejeros: MARCELO BRUNO DOS SANTOS • SANTIAGO R. CARRILLO •
NICOLÁS DIANA • FRANCISCO J. FERRER • JOSEFINA PAZOS • KARINA PRIETO •
ORLANDO PULVIRENTI • GUILLERMO SCHEIBLER

Propiedad de Ediciones Rap s.a.
Director responsable: Eduardo Mertehikian
Talcahuano 638 2° “D” (C1013AAN)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires
4374-0661 (líneas rotativas)
consulta@revistarap.com.ar
www.rapdigital.com

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723. Registro Nacional de la Propiedad
Intelectual 455.168. ISSN N° 1669-8711.

Las colaboraciones firmadas no representan necesariamente la opinión de la Dirección ni del Consejo de Redacción. Prohibida la reproducción total o parcial de las colaboraciones firmadas, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información sin autorización escrita del Editor.

Para contactarse con el Consejo de Redacción:

gordillo@respublicaargentina.com
garciasanz@respublicaargentina.com
brunodossantos@respublicaargentina.com
carrillo@respublicaargentina.com
diana@respublicaargentina.com
ferrer@respublicaargentina.com
pazos@respublicaargentina.com
prieto@respublicaargentina.com
pulvirenti@respublicaargentina.com
scheibler@respublicaargentina.com

Visite nuestro web site:
www.respublicaargentina.com

Esta publicación se terminó de imprimir
en: Primera Clase Impresiones
California 1321 (1168) Tel. 4301-0956
Buenos Aires, Argentina

ÍNDICE

**INFORMACIÓN PÚBLICA, PERO NO TANTO.
EL NUEVO PROCEDIMIENTO PARA DENUNCIAR
INCUMPLIMIENTOS DEL REGLAMENTO DE ACCESO A LA
INFORMACIÓN PÚBLICA**

POR AGUSTÍN A. M. GARCÍA SANZ
p. 7.

**DEL TRIBUNO DE LA PLEBE
AL DEFENSOR DEL PUEBLO LATINOAMERICANO**

POR CARLOS R. CONSTENLA
p. 27.

**DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y
POLÍTICAS PÚBLICAS.
JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES EN
LATINOAMÉRICA**

POR JULIETA ROSSI
p. 41.

**LA CONSTRUCCIÓN GLOBAL DEL FINANCIAMIENTO
INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO.
DERECHOS HUMANOS Y DESARROLLO SUSTENTABLE**

POR JORGE DANIEL TAILLANT
p. 59.

LA CONSTRUCCIÓN GLOBAL DEL FINANCIAMIENTO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO. DERECHOS HUMANOS Y DESARROLLO SUSTENTABLE^{1y2}

Por JORGE DANIEL TAILLANT

El presente trabajo examina los derechos de las personas afectadas (*stakeholders*) y los mecanismos disponibles de acceso a la justicia para garantizar los derechos humanos de los individuos y las comunidades afectadas en el contexto del Financiamiento Internacional para el Desarrollo (FID.) El análisis incluye la revisión de leyes obligatorias, reglamentos, códigos voluntarios y mecanismos de reparación establecidos para asegurar los derechos de las partes concernidas en proyectos de FID.

¹Este artículo ha sido presentado en el “Taller Conjunto sobre temas de Derecho Administrativo Global en Latinoamérica,” organizado por la Universidad de San Andrés y el *Institute of International Law and Justice* de la *New York University School of Law* en Victoria, Buenos Aires, los días 9 y 10 de marzo de 2007. El original fue preparado en idioma inglés y fue traducido al español por LUCIANA T. RICART.

² Nota sobre el estudio: Este artículo se enfoca en el acceso a la justicia de personas afectadas por el financiamiento internacional para el desarrollo (FID), destinado particularmente a grandes infraestructuras empresarias y proyectos de inversiones privadas. Si bien en esencia los argumentos y análisis presentados son genéricos, el enfoque y las lecciones en este artículo provienen de la labor del Centro de Derechos Humanos y Ambiente (CEDHA) en un proyecto particular de FID, a saber, la construcción de dos mega pasteras en la frontera entre Argentina y Uruguay, la primera por Oy Metsa Botnia de Finlandia y la segunda por ENCE de España. Los patrocinantes de los proyectos (Botnia y ENCE) requirieron financiación de la Corporación Financiera Internacional (CFI) y del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI) del Grupo Banco Mundial, de sus respectivas Agencias de Crédito a la Exportación (ACE), de bancos privados internacionales y de bancos públicos multilaterales.

1. *Introducción*

El Financiamiento Internacional para el Desarrollo (FID)³ a gran escala de la industria pública o privada (industrias de extracción, petroquímicas, pasteras, telecomunicaciones, etc.) u obras públicas y servicios (diques, caminos, infraestructura sanitaria, líneas de gas, puertos, plantas de energía, etc.) generalmente se halla en un marco que tiende a ser similar al marco normativo de inversiones.

Las inversiones FID habitualmente se rigen por regulaciones normativas similares (nacionales e internacionales) y son generalmente promovidas y guiadas por actores financieros e intergubernamentales que están interrelacionados y que son a su vez independientes.

Entre estos actores se encuentran las Instituciones Financieras Internacionales (IFIs), como por ejemplo la Corporación Financiera Internacional (CFI) del Grupo del Banco Mundial (GBM), agencias internacionales de garantías como el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI) también del GBM, Agencias de Crédito a las Exportaciones (ACEs), las que en su mayoría son agencias estatales que ofrecen inversión directa o garantías a compañías privadas de la misma nacionalidad, grandes bancos privados (bancos multinacionales o bancos nacionales de países industriales), y a veces bancos locales.

En cuanto al cuadro regulatorio, las estructuras de gobierno y los conductores económicos y políticos que permiten que las FIDs sean viables y sostenibles en lo que a veces pareciera ser volátil (social o económicamente riesgoso) en el ambiente de inversiones económicas, encontramos que el FID responde a sistemas de gobierno legal y regulatorio de gran inequidad y desequilibrio, y tiende a favorecer la seguridad de la inversión en lugar de proteger los intereses sociales, ambientales y los derechos humanos, creando una situación preocupante, ya que el FID no logra asegurar apropiadamente el desarrollo responsable y sostenible, ni la protección de las comunidades locales que cargan con el peso desproporcionado de los impactos negativos del FID. En este contexto, la realización efectiva de los derechos humanos es limitada y dependiente de variables externas que no priorizan necesariamente la estructura de los mismos.

El derecho nacional e internacional, los acuerdos de inversiones (derecho contractual entre una compañía y el gobierno anfitrión comúnmente llamados Tratados de Inversión, o TI), los estándares de performance de las IFIs como las Políticas de Salvaguarda Ambiental y Social de la CFI, la política de Transparencia de la CFI, o los principios y guías de empresas internacionales (como las Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE o los Principios de Ecuador) ofrecen el marco normativo para canalizar el FID, y muchas de estas inversiones se han diseñado con la intención de hacerlas social y ambientalmente más responsables. No

³ El Financiamiento Internacional para el Desarrollo puede ser definido en grandes rasgos como inversiones del sector público o privado en industrias de gran escala en cantidades que oscilan entre cientos de millones y billones de dólares.

obstante, la tendencia que se observa en la aplicación de FID sugiere que las grandes empresas en su esfuerzo para minimizar riesgos y asegurar el flujo de ganancias y estabilidad de beneficios, buscan eximirse de responsabilidad legal bajo la excusa de tener la necesidad de aislamiento de climas políticos volátiles para la inversión, lo que implica el riesgo de expropiación o nacionalización de servicios públicos operados por el sector privado (como está ocurriendo actualmente en Venezuela.) Grandes compañías multinacionales están incrementando su influencia en el cambio de leyes nacionales (o al menos en tratar de hacerlas más flexibles), para procurar ambientes fiscales e impositivos más favorables, reduciendo barreras sociales, ambientales y económicas para incrementar los márgenes económicos de sus proyectos de inversión.

Esta tendencia es ampliada por el hecho de que países en desarrollo necesitan Inversión Extranjera Directa (IED), la que en muchos de ellos representa una porción significativa de los presupuestos nacionales. Por ello, los países en desarrollo están dispuestos a modificar su legislación interna y ceder su soberanía nacional a intereses corporativos, comprometiendo la protección social y ambiental a fin de asegurar la IED.

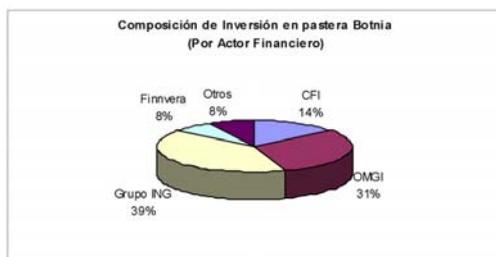
2. La construcción del Financiamiento Internacional para el Desarrollo (FID)

A medida que examinamos el FID a gran escala, vemos un patrón que se repite en casi todos los esquemas de inversión en términos de cuadro regulatorio, componentes financieros, actores y su interrelación. (Ver gráfico demostrativo de la crisis financiera de proyecto papelerero de Botnia.)

Estos actores pueden ser caracterizados de la siguiente manera:

- Una gran Compañía Multinacional
- Una Institución Pública Financiera Internacional (*v. gr.* la Corporación Financiera Internacional —CFI— del Banco Mundial, o bancos regionales como el Banco Interamericano de Desarrollo o el Banco Europeo de Inversiones)
- Uno o varios grandes bancos públicos o privados multinacionales, que actúan como intermediarios financieros o inversores directos
- Varios bancos más pequeños
- Una Agencia de Crédito a las Exportaciones (*v. gr.* OPIC)
- Una Agencia de Garantía (*v. gr.* OMGI)

El propulsor del proyecto —la compañía que lo lleva a cabo— generalmente busca alianzas financieras con los actores mencionados para que provean los fondos de inversión necesarios y también para la repartición del riesgo entre las instituciones financieras, aislando de esa manera a la inversión de posibles externalidades.



Una gran inversión como la de la pastera Botnia en Fray Bentos, sobre el límite natural entre Argentina y Uruguay, involucra alrededor de 1.2 billones de dólares de inversión difundida entre:

- CFI 170 millones
- OMGI 370 millones
- Grupo ING⁴ 480 millones
- Finnvera desconocido⁵
- Otras fuentes desconocido

Aunque cada proyecto y repartición de inversión es distinto, este esquema de Botnia refleja una estructura financiera que podríamos llamar común de un proyecto de FID del sector privado apoyado públicamente.

Cabe destacar la interdependencia relativa del proyecto FID en la relación fluida y complementaria de las relaciones entre los actores.

El patrocinante del proyecto generalmente necesita capital de inversión, y comienza la búsqueda de apoyo en las IFIs como la Corporación Financiera Internacional (CFI), por ejemplo. La CFI provee préstamos que suelen tener tasas de interés más bajas que las que se encuentran en el mercado financiero privado. Además la presencia de la CFI brinda una supuesta mayor legitimidad al proyecto y seguridad para los inversores, brindando credibilidad a la compañía y al proyecto que se propone.

⁴ El Grupo ING desistió en su intención de financiar a Oy Metsa Botnia luego de la presentación de una denuncia en contra de la citada empresa y después de una auditoria desfavorable del Banco Mundial al proyecto, y fue reemplazado eventualmente por Nordea de Suecia y por Calyon de Francia.

⁵ El porcentaje de Finnvera en la inversión es estimativo.

Debemos recordar que el FID usualmente se realiza en países que son políticamente riesgosos, o que sufren de inestabilidades crónicas, lo que desalienta la Inversión Extranjera Directa (IED) o resulta en costos mayores por los más altos niveles de intereses cobrados a los préstamos.

La compañía generalmente depende del apoyo de bancos financieros privados, para este tipo de inversión, los que a su vez buscan ver el interés de las multilaterales públicas como la CFI o un banco regional como el Banco Europeo de Inversiones.

Hay dos piezas adicionales en este rompecabezas que son cruciales para el esquema de inversión: El apoyo del gobierno del país de origen de la compañía (generalmente provisto a través de Agencias de Crédito a las Exportaciones) y el apoyo por parte de un esquema de garantía multilateral, como la OMGI (agencia del GBM.)

Estos actores proporcionan una plataforma de inversión con fuerza, legitimidad y seguridad del proyecto de inversión, calmando los nervios de inversores que pueden ver un proyecto en un país en desarrollo como altamente riesgoso. Entre ellos, se arma un complejo pero fuerte entrelazado de alianzas económicas, todos apoyando a todos, para garantizar el éxito de la inversión, sobre todo, su retorno económico.

Cualquier pieza económica o financiera que falte o falle en la fase de diseño, construcción o implementación del proyecto, pone en riesgo la seguridad de la inversión con la potencialidad de hacer colapsar la inversión misma. Los actores financieros cuentan el uno con el otro para proveer seguridad y confianza al proyecto.

Cabe mencionar el rol de la CFI en este proceso, ya que contribuye de una manera notoria y clave a la evolución del FID, no solamente en la provisión de capital, sino también en la influencia que ejerce sobre los demás actores, tanto en definir el campo de juego, las reglas económicas, ambientales y sociales, y en la forma en que se desarrolla el proyecto. La CFI ordena el tablero, estableciendo *ex ante* las pautas ambientales y sociales según el tipo de proyecto en cuestión, y es quien además revisa la solidez técnica del mismo en el momento del diseño.

Cuando empezamos a analizar los derechos de los afectados por un proyecto de FID, y cómo estos derechos se enmarcan y se abordan en el desarrollo del proyecto, nos damos cuenta de que es la política de la CFI en materia social y ambiental, la que determina las fronteras de la discusión.

Hay aquí un punto clave, que es que la CFI no establece su política social ni ambiental (que luego es tomada como propia por muchos otros actores financieros) desde una perspectiva de observancia de derechos humanos. Sí hay, en selectos pasajes de las políticas de la CFI, y de su página de Internet, breves menciones a los derechos humanos, pero claramente la CFI no construye sus propias políticas sociales y ambientales con el fin de hacer velar por el cumplimiento de derechos humanos, más bien, en su breve historia, ha evitado y se ha resistido siquiera a mencionarlos.

Esto nos presenta una evidente preocupación cuando nos ponemos a buscar la forma de proteger los derechos humanos en proyectos de FID.

Pasando entonces al caso específico de la pastera finlandesa Botnia —ejemplo que puede ser aplicado genéricamente—, las instituciones financieras asociadas, incluyendo agencias estatales importantes como Finnvera (agencia finlandesa de crédito a las exportaciones) y grandes bancos internacionales como Calyon, Nordea, o el Banco Nórdico de Inversiones, generalmente tienen poca capacidad para conducir un análisis social y ambiental confiable en cuanto a la observancia en el proyecto de la sustentabilidad social y ambiental. En la práctica (aunque muchos no lo admiten) estos actores financieros se guían y se dejan influenciar por la CFI y la auditoría que esta institución multilateral supuestamente ha realizado en materia social y ambiental.

Dado que la CFI se resiste a adoptar un perfil y políticas sociales y ambientales que aseguren el respeto y cumplimiento de los derechos humanos, y dada la gran deferencia y fe que la mayoría de los actores financieros secundarios depositan en las decisiones tomadas por la CFI (a veces ciegamente), podemos fácilmente ver por qué en el marco de las inversiones y acciones de estos actores secundarios, tenemos muchísimas menos posibilidades de garantizar que las decisiones de inversión de esas instituciones estén respetando los derechos humanos de las comunidades afectadas.

Esto constituye un factor crítico y preocupante para afectados locales y de ello surge la necesidad imperiosa de tomar medidas para proteger sus derechos, dado que las agencias que impactan o hacen que las FID tengan lugar en sus comunidades a través de compromisos con los participantes locales con derechos y garantías, no tienen la capacidad de determinar que esos derechos puedan ser efectivamente garantizados en proyectos de FID. Si consideramos las obligaciones internacionales del país anfitrión (quien invita y fomenta la inversión), de proteger los derechos de sus ciudadanos y residentes, las tensiones entre la promoción económica y la necesidad de proteger al afectado, se torna altamente volátil y desfavorable para la potencial víctima de impacto social o ambiental.

En el proyecto de Botnia, por ejemplo, se ve la clara evidencia de esta confrontación de intereses y derechos. Bancos como Nordea (Suecia) y Calyon (Francia), Finnvera (una ACE de Finlandia) y el Banco Nórdico de Inversión (banco multilateral escandinavo) decidieron proceder a efectuar una inversión sin la más mínima consideración por los derechos de centenares de miles de afectados que se oponían a la misma por el impacto social, ambiental y económico que tendría el proyecto localmente. Hasta rechazaron los argumentos de la CAO, el organismo fiscal del Banco Mundial, quien había concluido en una auditoría del proyecto, que la CFI y el proyecto violaban las normas sociales y ambientales del Banco Mundial. Todos estos actores financieros apuntaron a la decisión de la CFI de aprobar el crédito para la empresa, pero ignoraron por completo hasta un reclamo de la República Argentina ante la Corte Internacional de Justicia, por la ilegalidad del proyecto y el daño que se estima le hará al Río Uruguay y los riesgos del mismo para los residentes de Fray Bentos (Uruguay) y Gualeguaychú (Argentina.)

Los bancos, al final del día, se solidarizan entre ellos, y con muy poca información o con datos no fidedignos en materia ambiental y social, con ausencia de un análisis en materia de derechos y garantías, están dispuestos a proseguir, siempre y cuando una institución como la CFI dé el visto bueno.

La última pieza de la FID que una compañía casi siempre asegura antes de entrar a una operación de inversión, y que provee una fundación legal fundamental a la misma, es el Tratado de Inversión (TI.) Se ampliará sobre los TIs más adelante, pero es válido mencionar aquí que son una pieza fundamental en relación a la compañía, los derechos del gobierno anfitrión, soberanía y derechos de los afectados. También es importante examinar los foros de resolución de quejas por conflictos relativos a TI, que generalmente son diferidos al CIADI (u otros tribunales de similar diseño), un tribunal *ad hoc* del Banco Mundial que atiende disputas entre gobiernos y compañías.

3. Marco normativo vigente de finanzas internacionales y los derechos de afectados

Los proyectos de FID son en general —debido a su naturaleza internacional— regidos por normas, leyes y regulaciones que pueden ser catalogadas de la siguiente manera:

- a. Políticas de salvaguarda o guías establecidas por instituciones financieras intergubernamentales como la CFI, BEI, BID, OMGI, etc.;
- b. normas estatales y regulaciones establecidas para ACEs;
- c. derecho internacional; y
- d. una serie de códigos voluntarios o guías y compromisos establecidas entre instituciones financieras privadas y públicas.

Esta sección examina los derechos ofrecidos por estas normativas, su efectividad en garantizar los mismos y las oportunidades no necesariamente legales que los foros ofrecen para avanzar hacia la sustentabilidad y la protección de derechos humanos y garantías de protección ambiental a afectados de comunidades locales impactadas por proyectos de FID.

3.1. Salvaguardas de IFIs y Mecanismos de Control

Las IFIs como el Banco Mundial, y particularmente su brazo financiero para el sector privado, la CFI, o bancos regionales como el BEI o el BID, obligan a las compañías que reciben préstamos de sus agencias (en el caso del GBM esto incluye: BIRF, AIF, CFI u OMGI) a cumplir con los Estándares de Performance Social y Ambiental y Política de Transparencia. Por ejemplo, las políticas de la CFI incluyen consideraciones sobre varias áreas de impactos, entre las que podemos mencionar:

- Evaluación social y ambiental y sistema de gestión
- Condiciones de trabajo
- Prevención y disminución de contaminación ambiental
- Seguridad de salud de la comunidad
- Adquisición de tierras y reasentamiento involuntario
- Conservación de la biodiversidad y manejo sostenible de recursos naturales
- Políticas respetuosas de los derechos de las comunidades indígenas
- Herencia cultural

Las salvaguardas en el FID, principalmente las que adoptan las IFIs, evolucionaron con el tiempo y generalmente están sujetas a revisiones permanentes y sistemáticas a fin de mejorar su cobertura y efectividad para comprender las preocupaciones que originan los proyectos en comunidades locales.

Generalmente las salvaguardas están diseñadas para proteger a las comunidades locales de externalidades negativas (sociales y/o ambientales) que son comunes en este tipo de proyectos. Las IFIs establecen las condiciones y procedimientos internos para asegurar el cumplimiento de las salvaguardas y a veces también ofrecen mecanismos para auditar o para que un afectado pueda reclamar a la IFI por incumplimiento. El personal de la IFI está obligado a respetar las salvaguardas en todo proyecto que promueve.

Las revisiones de las salvaguardas involucran consultas que generalmente se hacen de manera pública y abierta, dando lugar a la opinión de interesados y representantes de afectados locales. Estos participan en procesos de consulta que pueden durar algunas semanas, meses, o más tiempo. Generalmente, los que participan en estas consultas son ONGs u otros actores de la sociedad civil que siguen la evolución de las precauciones o salvaguardas de las IFIs, aunque estos no siempre reflejan las opiniones y necesidades reales de los participantes. Un gran limitante de este tipo de consulta es la dificultad de encontrar representantes locales idóneos que conozcan suficientemente a las IFIs y su estructura para poder incidir efectivamente durante las consultas y lograr modificar el contenido de las salvaguardas.

Un ejemplo de avances importantes en las Políticas de Salvaguarda es la evolución de las mismas en el Banco Mundial, en materia de Industrias Extractivas. Estas salvaguardas “sectoriales” han provocado numerosas consultas, y están en permanente revisión, habiendo establecido un importante número de pautas para el sector, y más aún, han logrado atraer la atención hacia las preocupaciones de afectados locales por proyectos mineros. Este proceso ha

hecho que el Banco Mundial tome conciencia y sea más sensible a los riesgos que este tipo de inversión trae para comunidades locales, cosa que antes se ignoraba casi por completo.⁶

Sin embargo, los procesos de revisión y consulta no siempre traen mejoras en las salvaguardas. A veces, las tensiones y conflictos de intereses económicos desde el sector privado, resultan en involuciones de las salvaguardas, como en el caso de consulta a la comunidad local respecto a la FID. Tal regresión ocurrió cuando la CFI decidió eliminar de sus salvaguardas el concepto de *Consentimiento Previo e Informado* que había sido dado a grupos indígenas y comunidades locales ubicando de ese modo la última decisión sobre el proyecto de inversión en las comunidades. Luego de idas y venidas, y de una gran resistencia a esta tendencia desde el sector privado y de los clientes de la CFI, la salvaguarda se cambió por *Consulta Previa e Informada*, con lo que se transfirió el poder y derecho de decisión a los patrocinadores del proyecto, limitando el derecho de las comunidades a decidir sobre su entorno.

Cabe destacar que ni las IFIs ni las compañías que reciben asistencia financiera de las IFIs son legalmente responsables de la observancia de las salvaguardas bajo el derecho local o internacional. Son reglas puramente internas.

Un aspecto esencial de estas políticas es que tanto las IFIs como el BIRF y la CFI del Banco Mundial o del BID, establecieron funciones de control o agentes para revisar el cumplimiento de las políticas de salvaguarda por parte de las IFIs y las compañías.

En el caso del BIRF, existe un Panel de Inspección del Banco Mundial y en el caso de la CFI, se cuenta con el Ombudsman y Asesor en Cumplimiento que ejerce la función de revisión de cumplimiento de la CFI con sus propias normas.

Bancos regionales como el BID también tienen organismos de control. Generalmente estos son mecanismos de control independientes (en la estructura y organigrama formal) de las agencias que revisan, y por lo general, reportan directamente al presidente de la institución.

Los agentes de control como el Panel de Inspección y el Ombudsman pueden ser considerados como *mecanismos de acceso a la justicia* (aunque en forma limitada desde el punto de vista legal), ofreciendo a los participantes la revisión de la política y su observancia por los proyectos de FID. Las políticas de salvaguarda funcionan como *derechos* dados a las comunidades locales por parte de las IFIs y obligaciones de las IFIs hacia el afectado. La integridad y efectividad del proceso en el cual se tratan estos derechos y obligaciones, determina el nivel de garantía de tales derechos y como consecuencia determina la realización efectiva o no de estos “derechos” otorgados por las IFIs a sus participantes. Es importante notar que ninguno de los dos mecanismos de control tiene autoridad vinculante sobre los proyectos FID. Sus

⁶Ver en

<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTOGMC/0,,contentMDK:20605112~menuPK:592071~pagePK:148956~piPK:216618~theSitePK:336930,00.html>.

auditorías, informes, conclusiones y recomendaciones, si bien casi siempre tienen un peso político importante dentro de las instituciones, no obligan a las agencias ejecutoras (como por ejemplo la CFI o BIRF) ni a los patrocinantes del proyecto (la compañía) a cambiar o llevar a cabo las recomendaciones de los agentes de control.

Las resoluciones de estas entidades de fiscalización son meramente declaratorias, remarcando los puntos centrales de la auditoría realizada y la conformidad o no del proyecto y/o el procedimiento seguido por la IFI con las políticas de salvaguarda y procedimientos establecidos. Estas declaraciones son generalmente presentadas al presidente y en algunos casos, pueden llegar al directorio. Pero la institución observada —y aquí uno de los puntos clave y una de las debilidades más notorias del sistema respecto al acceso a la justicia— no tiene la obligación de corregir lo observado.

En el caso de la CAO, por ejemplo, el sistema establecido no obliga a que el presidente o el directorio revise si la agencia de implementación (CFI) tomó en cuenta, corrigió o cumplió finalmente con las políticas que han sido señaladas como violadas. Esta falla grave del sistema de justicia en este tipo de mecanismo es altamente riesgoso y carece totalmente de control y fiscalización, dejando al afectado en completa vulnerabilidad.

En el caso de Botnia, por ejemplo, las auditorías condenatorias realizadas por la CAO fueron —y pudieron ser— totalmente ignoradas por la CFI y por el OMGI. El Banco Mundial dio el crédito y, como se esperaba, Calyon, Nordea, Nordic Investment Bank y Finnvera decidieron subsiguientemente (aludiendo a la decisión de la CFI de dar el visto bueno) también invertir en el proyecto. Debe resaltarse la decisión notable de ING Group que, habiendo tomado conocimiento de las denuncias pendientes y las auditorías de la CAO condenando al proyecto, decidió tempranamente retirarse de la inversión, aunque esta actitud es rara dentro de las instituciones financieras privadas, que tienden a seguir ciegamente a la CFI en proyectos controvertidos como el de Botnia.

Esta debilidad jurídica y la ausencia de garantías de protección para el afectado en proyectos de FID es clave, ya que a pesar de que los diversos derechos y mecanismos de control existen para dotar a los grupos afectados de una reparación efectiva y garantías en materia ambiental y social, la naturaleza no vinculante de la construcción debilita en los hechos la efectividad de las instituciones y de los proyectos de FID para garantizar los estándares sociales y ambientales mínimos, y más generalmente, el respeto de los derechos humanos de las comunidades locales.

Evidentemente, y de modo imperioso, el sistema de FID necesita fortalecer su capacidad para proteger y garantizar al menos sus propias salvaguardas sociales y ambientales. Por ejemplo, avanzar hacia una reglamentación de salvaguardas vinculantes, relacionando la decisión de un controlador como la CAO o el PIBM, o asegurando que las violaciones citadas por organismos de control como éstos sean atendidas y corregidas antes de otorgar un financiamiento.

Otra faceta para explorar en cuanto a los agentes fiscales de las IFI (CAO, PIBM, etc) es el uso de las auditorías e informes de esas organizaciones en foros alternativos. En el caso de la pastera Botnia, por ejemplo, el informe y auditoría preliminar de la CAO (dos publicaciones estándares que CAO realiza al analizar una queja) fueron ofrecidas como prueba de expertos en varios procesos judiciales y extrajudiciales. Uno de estos se incluyó en el proceso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, siendo la primera vez que un mecanismo de control de una IFI ofreció prueba (la que fue requerida por la Comisión Interamericana formalmente) a un tribunal internacional de derechos humanos.⁷

En el caso de Botnia, una querrela penal fue presentada en la justicia federal de primera instancia contra los ejecutivos de los propulsores del proyecto (la compañía) por violaciones a las leyes nacionales ambientales y de derechos humanos. Posteriormente, en el mismo caso penal, la prueba presentada fue ampliada para incluir los nombres de los 23 Directores Ejecutivos del Banco Mundial que votaron a favor de otorgar un préstamo a Botnia, a pesar de tener pruebas de su organismo fiscal (la CAO) de que el proyecto violaba las políticas de salvaguarda del Banco y de que el proyecto también estaba pendiente de un fallo de la Corte Internacional de Justicia (*Argentina v. Uruguay*.) Esta también fue la primera vez que pruebas de CAO fueron presentadas en una corte nacional en la República Argentina.

Esta acción y la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se muestran como modos alternativos inexperimentados de llevar mecanismos y procesos de control no vinculantes (como la CAO en este caso) a foros con sistemas de denuncias y tratamientos vinculantes.

Finalmente, podemos mencionar que tanto el panel de inspección o decisiones de mecanismos de control de otras IFIs (como la CAO) pueden ser llevados con eficacia a otros foros no judiciales, como a los Puntos Nacionales de Contacto (PNCs) de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (de aquí en adelante, “Directrices OCDE.”)

Si bien las conclusiones de un mecanismo de denuncias y control de una IFI puede fenecer en la IFI misma, conduciendo como en el caso de Botnia, a un callejón sin salida o a una solución sin resultados para los grupos afectados, la presentación de las conclusiones de un mecanismo de control de una IFI en foros alternativos ajenos a la misma, puede servir para potenciar la acción política, llamar la atención y ubicar al incumplimiento de la compañía respecto de las salvaguardas en foros nacionales e internacionales visibles.

En el caso de la Pastera de Botnia, CEDHA ha presentado quejas (con importantes resultados) a tres PNCs (Finlandia, Suecia, Noruega) contra Botnia y contra Finnvera por violaciones a las Directrices OCDE, basándose en gran medida en pruebas proporcionadas por

⁷ El Informe Preliminar de la CAO fue presentado por la misma CAO ante la Comisión Interamericana en el marco de una denuncia presentada por CEDHA, representando a 50.000 accionistas locales contra el gobierno del Uruguay por permitir violaciones a los derechos humanos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos por parte del proyecto de Botnia.

la Auditoría CAO y su Informe Preliminar sobre el caso de Botnia. Cabe resaltar y recordar que originalmente hubo dos pasteras en cuestión (Botnia y ENCE) y el proceso de denuncias resultó en la demora de casi 18 meses en los proyectos de ambos, cuestión que ENCE no pudo sostener y terminó capitulando, desplazándose a un sitio de menor conflicto. Botnia, por otro lado, si bien persistió en el sitio, tuvo que rediseñar y mejorar su proyecto, realizar innumerables estudios y pasar por un escrutinio minucioso que no se hubiera hecho de otra manera.

Más adelante desarrollaremos el tema de las denuncias realizadas, su relativa efectividad y sus limitaciones para garantizar el respeto de los derechos humanos y la protección ambiental de las comunidades afectadas en proyectos FID.

3.2. Normas y regulaciones estatales

Las compañías extranjeras que operan en el país anfitrión están sujetas formal y legalmente a las leyes nacionales y locales establecidas a fin de controlar conductas corporativas, proteger los derechos humanos y el medio ambiente.

Sin embargo, los individuos y las comunidades afectados por el FID no siempre encuentran en las leyes nacionales y locales, las garantías y protecciones suficientes para proteger sus derechos. Las razones de ello pueden encontrarse en:

- Negociaciones previas por parte de la compañía con el gobierno anfitrión para reformar, legislar o eliminar leyes locales o eximir a la compañía del cumplimiento de determinadas reglas;
- relativa ignorancia por parte de actores jurídicos locales, fiscales, abogados y grupos de derechos humanos sobre los impactos que pueden provocar las corporaciones en las comunidades locales;
- poca capacidad, presupuesto y/o prioridad política en los países en vías de desarrollo respecto de la aplicación de legislación ambiental (o de derechos humanos en general) a pesar de un fuerte cuerpo normativo respecto a corporaciones;
- el gran desequilibrio de poder entre la compañía inversora y el gobierno anfitrión (nacional o local) y la consecuente influencia que la compañía ejerce en los tres poderes de gobierno (legislativo, judicial o ejecutivo);
- las multas relativamente bajas o insignificantes establecidas como pena aplicable por violaciones a la norma son superadas ampliamente por los beneficios de la compañía, y las compañías conscientemente violan legislaciones locales simplemente pagando multas cuando se les imponen;
- la amenaza de la compañía al gobierno local de abandonar el país o localidad en busca de un ambiente más permisivo —lo que ha sido especialmente visible en la industria automovilística y de indumentaria—;

- las limitaciones impuestas por los Tratados de Inversión ofrecidos por el Gobierno Anfitrión (TIs) relativos a derechos comerciales que están por encima de los derechos de los grupos afectados (ver la sección sobre TIs para una lista de dichas limitaciones);
- las leyes nacionales y otras normas pueden no estar lo suficientemente desarrolladas en cuanto la exigencia al ámbito empresarial del respeto en materias relacionadas al impacto social y medioambiental, y pueden ser incluso menos desarrolladas para enfrentar abusos multinacionales de dichas normas y sus violaciones.

Las leyes y la exigibilidad de su cumplimiento generalmente derivan de la costumbre y prácticas locales. Las empresas han tenido que cumplir con relativamente poco control y fiscalización por parte del Estado, que generalmente se limita a habilitarlas, y cobrar algún canon regular o captar algún porcentaje en fiscalías. Pocas veces interviene el Estado en el control de calidad del producto y la producción, en la contaminación de la empresa, o en su comportamiento e impacto en la sociedad.

En los últimos años se viene desarrollando la tendencia de sumarle a la empresa ciertas dimensiones sociales y ambientales. La sociedad empieza a exigirle a la empresa que responda ante estas asignaciones y que se convierta en protagonista del desarrollo social. Su grado de *Responsabilidad Social Empresaria* o RSE radica en la idea de que la empresa no es un actor pasivo de la sociedad, sino que tiene un protagonismo importante y un impacto positivo y negativo en las personas afectadas por ella, sean consumidores, trabajadores o vecinos de la empresa.

Una discusión se ha dado a nivel internacional sobre si esta tendencia de promover y adoptar la RSE es una opción determinada por la propia empresa, o si tiene algún grado de obligatoriedad, es decir, si la RSE es voluntaria, o vinculante. Es una discusión importante, ya que la evolución del contenido de la RSE se aproxima cada vez más a principios básicos de derechos humanos.

El movimiento de la RSE es relativamente incipiente en América Latina y especialmente en Argentina. El movimiento RSE en la Argentina,⁸ si bien es uno de los más vibrantes entre los países hispanoamericanos, no ha progresado mucho más allá de generar conciencia empresaria sobre la necesidad de promover la filantropía desde la empresa, de una manera algo más estratégica de lo que solía suceder en tiempos pre-RSE. Se entiende “mas estratégica” como la toma de conciencia más informada e investigada sobre los verdaderos problemas de la sociedad.

Antes la empresa, para dar un ejemplo, donaba medicamentos o construía viviendas, porque alguien, al azar, se lo pedía. Respondía, quizás, a un derecho humano insatisfecho, porque algún actor, generalmente sin ninguna intención de hacer valer un derecho específico, se

⁸ Ver TAILLANT, JORGE DANIEL, *The Human Rights Dimension of Corporate Social Responsibility in Latin America*, publicado y disponible gratuitamente en formato digital en www.cedha.org.ar/docs/doc136-eng.htm.

lo pedía por interés propio. Con el surgimiento de un gran número de ONGs, algunas dedicadas a temas relacionados con derechos humanos, se empezaron a analizar y sistematizar las principales problemáticas de la sociedad local. Era entonces de esperar que se canalizaran presiones y demandas desde el sector social hacia la empresa, y de hecho, es lo que está sucediendo.

Sin embargo, y nuevamente, la construcción de los vínculos de la sociedad con el mundo empresario, no pasa por la demanda de la realización de un derecho humano, sino que atiende por lo general a una necesidad insatisfecha, que puede formar parte o no (pero sólo de manera circunstancial o casual) de una agenda preexistente de derechos humanos.

La construcción de lazos entre la empresa y la sociedad civil ha hecho evolucionar la filantropía empresaria, a lo que podríamos llamar “Filantropía Estratégica,” es decir, una filantropía mucho más informada y legítimamente dirigida hacia las necesidades de la sociedad. Pero si bien podemos asignar valores a las acciones de una empresa y a su *filantropía estratégica* que tienen que ver con derechos humanos, bajo ningún punto de vista podemos concluir que la RSE está construida sobre el objetivo de hacer cumplir a la empresa sus obligaciones en materia de derechos humanos. El hecho de que una empresa done medicamentos y ayude a cierta comunidad a realizar el derecho a la salud, no implica que el territorio indígena que ocupó ilegalmente para colocar su fábrica no sea una aberrante violación del derecho indígena. En el mundo de los derechos humanos, no podemos lavar una mano lo que ensuciamos con la otra.

En algunos casos extremos, particularmente donde el Estado es muy débil, o donde no ejerce control sobre un determinado territorio, las empresas han reemplazado por completo al Estado como proveedores de ciertos servicios públicos (como en la provisión de seguridad y policía o en el envío de correo como en el caso de Colombia por Nestlé, por ejemplo.) En dichos casos, si bien pueden encontrarse valores importantes en las acciones empresarias de brindar servicios generalmente atribuidos al Estado, se debe tener mucho cuidado en cualquier suposición de que la Empresa es realmente el protector del derecho asociado.

Si bien una empresa puede encontrarse circunstancialmente en el rol de proveer un servicio público, *jamás* tendrá la neutralidad y la imparcialidad, ni el interés común y público por detrás, necesarios para asumir legítimamente el deber y obligación de asegurar la defensa de un individuo o comunidad de un derecho inalienable, en gran medida porque podría estar diametralmente opuesto a su fin absoluto, que es inexorablemente, el lucro.

En beneficio del movimiento RSE en América Latina, puede decirse que ha tenido éxito en ayudar a desarrollar la idea de que las empresas pueden y deben ser “responsables socialmente”⁹ —insistimos que el contenido de lo que ello significa no llega sin embargo a

⁹ Nota de traducción: Texto original: Good corporate citizen. La traducción literal sería “buen ciudadano corporativo” pero la idea que subyace detrás de la frase es indicar que ser un “buen ciudadano corporativo” implica la contribución que la empresa hace a la sociedad a través de llevar a cabo sus negocios, sus programas filantrópicos y de desarrollo social y su participación en las políticas públicas.

concentrarse en el cumplimiento de los derechos humanos y de las normas medioambientales básicas.

La lenta evolución de la RSE en Latinoamérica manifiesta notablemente que la sociedad en general no ha llegado a una comprensión como comunidad, que los afectados locales tienen derechos exigibles de cara al abuso de la empresa en materia social y ambiental. Ello se acentúa aún más por el hecho de que jueces, fiscales, abogados y otros actores legales o *cuasi*-legales (como las ONGs) tampoco han incorporado en su pensamiento, trabajo y accionar, la noción de abuso empresarial de derechos humanos.

En ese contexto, por ejemplo, la llegada de un caso que involucre contaminación empresarial a una comunidad, tiene una lucha cuesta arriba en las cortes locales, y ni hablar de la reacción ante este tipo de denuncias en oficinas del sector público, que se ven aún a sí mismos en el rol de promotores de industrias y no como reguladores de las mismas.

Hemos escuchado de jueces, abogados con experiencia y otros actores jurídicos (y empresarios), comentarios igualmente inocentes del tipo: *¿Qué derechos humanos puede violar una empresa?* La pregunta chocante no suena tan irracional, en particular en un contexto nacional en el cual *derechos humanos* es un término semánticamente muy cargado, fuertemente asociado con un pasado político coyuntural y altamente cruel, como fueron las violaciones masivas de derechos civiles y políticos cometidas por dictaduras represivas.

Para sacar la discusión sobre derechos humanos fuera del ámbito de los derechos civiles y políticos asociada con los regímenes dictatoriales y llevarla a terrenos que involucren muchos otros derechos que también incluyen derechos económicos, sociales y culturales contra los que las empresas habitualmente impactan o violan, es necesario una evolución importante del pensamiento social hacia una comprensión progresiva y más amplia sobre qué son los derechos humanos.

Hasta tanto eso ocurra en un nivel generalizado, no podemos pretender que el sistema estatal pueda tratar efectivamente como violaciones de las empresas los incumplimientos en que éstas incurren respecto de las leyes ambientales y los derechos humanos de las comunidades afectadas. Es necesario capacitar más, educar más, conscientizar más, tanto a actores estatales como no estatales, sobre la responsabilidad empresarial en abusos a los derechos humanos y degradación ambiental.

Hemos puesto a prueba el uso y presentación de la Auditoría CAO y su Informe Preliminar en una acción contra la pastera Botnia ante una corte local (presentada como prueba de expertos del Banco Mundial para sustentar los argumentos de violación de leyes nacionales e internacionales por parte de Botnia) con algo de éxito inicial, incluyendo la apertura de un proceso de investigación penal en un juzgado federal argentino. La prueba en el caso penal fue ampliada hasta implicar y nombrar específicamente a los 23 Directores Ejecutivos del Banco Mundial por su aprobación de un préstamo a Botnia incluso sabiendo que la CAO del Banco Mundial había concluido que el proyecto violaba las políticas de Salvaguarda de la CFI. Esta es

la primera vez que los Directores Ejecutivos del Banco pueden llegar a ser llamados a dar testimonio en un caso ante una corte penal por un préstamo que han otorgado a un proyecto controvertido.

3.3. *Derecho Internacional*

Las normas y estándares del Derecho Internacional son quizás las guías normativas más desarrolladas y uniformes que pueden ayudarnos a comprender, definir y establecer las obligaciones en derechos humanos y ambientales en el FID. Desafortunadamente, hacer responsables a las empresas por la violación de esas normas es extremadamente difícil, lo que se transforma en uno de los obstáculos más importantes para garantizar el respeto de los derechos humanos de comunidades afectadas por el FID.

La primera limitación deriva del hecho de que, por ejemplo, el derecho internacional de los derechos humanos, a pesar de la clara indicación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de que “*todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones [...] promuevan [...] el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación,*”¹⁰ la tendencia ha sido la de interpretar que los Estados son responsables de garantizar y proteger los derechos internacionales. Esta interpretación del derecho internacional —discutible— rige y determina las características del paradigma legal dominante, y por el momento muestra pocos signos que permitan pensar que se moverá hacia la inclusión de las empresas como sujetos del derecho internacional. Creemos que la interpretación del derecho internacional centrada en el Estado debe ser revertida y debe ponerse más hincapié en otros «órganos de la sociedad,» los que deben también asumir sus responsabilidades y obligaciones.

La inclinación del derecho internacional hacia los actores estatales no deja a los grupos interesados con muchas otras opciones más que, por ejemplo, perseguir a su propio Estado por derechos violados por actores que operan en el FID, sean empresas o IFIs. En tanto esto podría ser efectivo dado el gran desequilibrio de poder entre el Estado y las empresas (a través del FID), y la tendencia de algunos Estados de ponerse del lado de los intereses empresarios por sobre los intereses de las comunidades afectadas, este no sería un canal efectivo de reparación, y de ninguna manera ofrece a los afectados reglas de juego equitativas.

Un canal de reparación que los afectados tienen a disposición, frente a la violación de derechos humanos o leyes ambientales, perpetrada por empresas, es llevar su denuncia a las cortes locales y/o nacionales, con base en la complicidad estatal (por acción u omisión) en la violación de los derechos humanos. Esta opción es viable, aunque limitada: En primer término, por el conocimiento estrecho y la poca importancia que le asignan los jueces locales al derecho internacional; en segundo lugar, por el predominio al derecho internacional por sobre el derecho constitucional o local vigente, cosa resistida en muchos países. En la Argentina, ninguno de los tratados internacionales con jerarquía constitucional examina la responsabilidad empresaria.

¹⁰ Ver en <http://www.un.org/Overview/rights.html>.

El CEDHA ha ejercido presión con éxito en las cortes locales haciendo referencia a las obligaciones de derecho internacional y presionando internacionalmente (a través de cartas de la sociedad civil, faxes, correos electrónicos) y exponiendo a los jueces de las cortes locales por decisiones sobre comportamiento empresario que tienen a resolver. Sin embargo, somos conscientes de que no es la mejor ni la más idónea manera de hacer valer un derecho.

Otra opción disponible para afectados es acceder a los tribunales internacionales de derechos humanos. Esta opción, sin embargo, debe generalmente focalizarse en la violación por parte del Estado de los derechos humanos de las comunidades afectadas. El caso de Botnia, por ejemplo, está siendo atendido por la Comisión Interamericana y ya ha resultado en la apertura de un proceso de pedido de informes de la Comisión al Gobierno de Uruguay. Si bien no anticipamos una solución contundente del caso por parte de la Comisión, por las presiones políticas que recibe la misma por parte de los Estados de Argentina y Uruguay de no dejar avanzar la causa, podemos resaltar el valor y la publicidad mediática que recibe el hecho de que la Comisión inicie una investigación de estas características.

Finalmente, mencionaremos la evolución de lo que algún día pueden llegar a convertirse en obligaciones internacionales vinculantes para empresas bajo el derecho internacional: Las Normas de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales (llamadas coloquialmente como “las Normas ONU.”)¹¹

Al comienzo de la primera década del 2000, la ONU comenzó un proceso de estudio de la complicidad empresarial en la violación de los derechos humanos. Ello resultó en la creación de las normas de la ONU que hoy se erigen como una serie de principios de derechos humanos y ambientales que deberían guiar la conducta empresaria. Las normas ONU fueron aprobadas por la Sub-Comisión de Derechos Humanos y, a pesar de no tener carácter vinculante para las empresas, constituyen el punto de referencia para la conducta del sector empresario en materia de derechos humanos. La evolución de la dimensión de derechos humanos en el ámbito empresarial está ahora siendo estudiada por un Representante Especial nombrado por la ONU para desarrollar este terreno de estudio y presentar recomendaciones a la ONU, las que seguramente incluirán reflexiones específicas sobre cómo lograr que los Derechos Humanos, y en particular los códigos voluntarios de conducta de las empresas y los estándares industriales sean más efectivos, por no decir vinculantes.

Es suficiente decir aquí que la evolución de la discusión sobre la responsabilidad empresarial en la violación de los derechos humanos ha sin dudas llevado a una mayor discusión y a avances concretos. Esto es no sólo en las ramificaciones específicas de la conducta empresarial relativa a los derechos humanos, sino también respecto de impactos prácticos. Estos incluyen por ejemplo, el desarrollo de políticas empresarias en materia de derechos humanos, la creación de mecanismos de gestión y proyectos orientados a sintonizar a las empresas con los derechos humanos, la elaboración de metodologías para medir y calificar la performance de la empresa en

¹¹ www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoc.nsf/0/64155e7e8141b38cc1256d63002c55e8?Opendocument

materia de derechos humanos, y en la publicación por parte de las empresas de información sobre cómo la empresa aborda el tema de los derechos humanos. También ha resultado en que terceros tomen este tipo de información para realizar denuncias allí donde encuentran que la realidad no se condice con lo publicado. Sin embargo, el cumplimiento propiamente dicho de las empresas con estructuras normativas nacionales o internacionales de derechos humanos es aún difícil de medir y/o controlar efectivamente.

3.4. *Códigos voluntarios, guías y estándares industriales*

Ya mencionamos la evolución constante en las últimas décadas de lo que comúnmente se denomina Responsabilidad Social Empresaria (RSE) y de las tensiones que surgen sobre si la RSE debería ser una acción solidaria voluntaria (opinión que vierten la mayoría de las empresas), o si debería legislarse y ser obligatoria (lo que proponen la mayoría de activistas de derechos humanos.) Muchos aspectos y dimensiones de este debate son discutibles. La discusión gira en torno a la utilización de códigos voluntarios o políticas internas, *versus* la idea de que la RSE se debería legislar. Algunos legisladores, incluyendo un reciente proyecto de ley aprobado por la legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, determinaron que la RSE debe ser una obligación. Otros opinan fuertemente lo contrario.

La interpretación que hace un actor financiero de la RSE se expresa en la siguiente —discutible— opinión:

“Creemos que las compañías tienen la obligación de entender que es necesario trazar un claro límite entre el gobierno y el sector privado e insistir en que es responsabilidad del gobierno proveer servicios públicos básicos tan variados como protección de salud, cárceles, educación primaria y seguridad nacional.”¹²

A pesar de que podemos apreciar la contribución que una compañía puede hacer como buen *ciudadano corporativo* y aquellos casos en que en algunas circunstancias una empresa pueda querer contribuir a la sociedad más allá de su pura actividad comercial, no compartimos la idea de que una empresa “deba” hacer eso para convertirse en un buen ciudadano corporativo. Lo que nos debe preocupar es el respeto de los derechos humanos por parte de la compañía, que esté cumpliendo con sus obligaciones normativas y asegurarnos que la compañía no se trepe por sobre esos límites en su búsqueda de lucro. El compromiso autogenerado de las empresas a respetar códigos de responsabilidad, o su alcance a la comunidad, o su actividad filantrópica son bienvenidos, pero no son centrales en nuestro debate, que está basado en la ley y en las obligaciones, no en compromisos voluntarios o actividades sociales que están por afuera de la naturaleza misma de la empresa.

Una petrolera como Shell en Nigeria o Unocal en Burma explotan recursos naturales en la selva y se jactan de tener elaborados planes de responsabilidad empresaria, mientras que son

¹² “Global Investment Standards: The Way You Invest Matters,” en *Domini Social Investments*, p. 13.

cómplices por muertes humanas a mano de los servicios policiales que contratan para protegerlas. Este tipo de contradicción entre la RSE y la práctica de la empresa en otros rubros es común.

Existen muchos códigos —derivados de las mismas compañías o de un conjunto de compañías o Estados, o por organizaciones de la sociedad civil— que establecen una serie importante de principios, estándares y compromisos que pueden ser vistos como “derechos” (aunque en general voluntarios) “otorgados” por los actores empresarios (o atribuibles a éstos), a los grupos con un interés particular a las comunidades afectadas.

Algunos de los más conocidos son:

- Las Directrices OCDE para las Empresas Multinacionales
- Los Principios de Ecuador
- Los Principios de la Inversión Responsable
- Estándares ISO (14000, 9000, etc.)
- SA 8000
- AA 1000

También podemos mencionar más genéricamente a *Mejores Tecnologías Disponibles (MTDs)* o los *Estándares de la Industria* que también han venido a definir la conducta empresaria en industrias específicas. Dichos estándares han obtenido la suficiente adhesión y aceptación política entre actores empresarios y estatales como para influenciar a organismos reguladores a adoptar umbrales de lo que es socialmente tolerable (con independencia de que el estándar sea o no vinculante legalmente.) Las MTDs están jugando cada vez más un rol tendiente a establecerse en las leyes locales y normas, y muy probablemente continúen haciéndolo. En dicho contexto, el desarrollo de las MTD es una contribución positiva a la evolución normativa de la conducta y responsabilidad social empresaria y coadyuvará a los umbrales que a su vez crearán los lazos necesarios con las normas jurídicas y los derechos humanos.

La mera existencia de dichos códigos de conducta voluntarios, y el hecho de que las empresas estén discutiendo los principios, normas e implicancias de esos códigos en sus actividades, es un signo de que el mundo empresario se está conduciendo en la dirección correcta.

Sin embargo, el movimiento RSE, en especial en la región de América Latina, como apuntáramos arriba, ha estado en gran medida limitado a ayuda o filantropía empresaria. Algunas empresas pueden incluso estar convencidas de que trabajar con la comunidad y los intereses sociales es bueno para sus negocios, lo que se denomina comúnmente “el caso económico” de la RSE. En tanto que la evolución hacia la “filantropía estratégica” (aquella en alianzas con la sociedad civil) puede ser considerada positiva, no se trata de una de las preocupaciones más

centrales y “reales” que subyacen detrás de la retórica de los derechos humanos en el debate empresario.

Si bien el movimiento RSE está contribuyendo a proteger los derechos de las comunidades afectadas, sufre grandes limitaciones en cuanto a la comprensión de cómo las empresas pueden respetar los derechos humanos y en cuanto a la diferencia fundamental que existe entre un código o principios voluntarios y una obligación jurídica vinculante.

La discusión subyacente en materia de derechos humanos y derecho ambiental y las empresas —que no penetra demasiado en el área de la RSE— está basada en presupuestos muy distintos. En tanto las empresas pueden ser de modo parcial *buenos ciudadanos corporativos* realizando donaciones de caridad, su cumplimiento con los derechos humanos o normas ambientales puede estar por completo desligado de sus programas de RSE. De hecho, los grandes violadores de los derechos humanos, las grandes compañías de venta al público que han sido cuestionadas por sus prácticas laborales, han recibido reiteradas críticas de las comunidades afectadas en cuanto a sus prácticas laborales, de contaminación e incluso por complicidad en homicidios por sus guardias de seguridad.

Es irónico y sorprendente a la vez ver generalmente una gigante y visible empresa recibir un premio RSE o ser resaltada como empresa responsable por los medios empresarios o por institutos que promueven la RSE, cuando persisten denuncias irresueltas o a veces condenatorias contra ellas por abusos a derechos humanos, por contaminación ambiental, etc. Algunos ejemplos de este tipo en Argentina son Shell, Wal-Mart, Cargill, Ledesma, Minera la Alumbra, y Monsanto que aparecieron en un reciente artículo en una revista de negocios como “Los actores responsables.”¹³ En uno de estos casos, incluso, persisten hace años acusaciones con evidencia documentada de complicidad de la empresa con la dictadura militar, en la desaparición de líderes sindicales, u otros activistas que se levantaron en contra de abuso y contaminación.¹⁴

La Empresa Wal-Mart, por ejemplo, ganó recientemente un premio RSE en Argentina, en tanto que las prácticas laborales que sustenta son objeto de estricta vigilancia por parte de organizaciones de derechos humanos y derecho laboral en los Estados Unidos, como Human Rights Watch.¹⁵ ¿Cómo es posible que puedan coexistir ambas percepciones acerca de una

¹³ “Los actores responsables,” *Mercado*, Noviembre 2007, p. 138.

¹⁴ VALES, LAURA, “Che, Bisordi, apurá los expedientes,” *Página 12*, 29-IV-07,

<http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-84269-2007-04-29.html>; Equipo Nizkor y Derechos Human Rights, “La complicidad del poder económico con la dictadura: el caso Mercedes Benz,” 8-XII-03, disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/benz1.html>; “Argentina y «sus» papeleras,” *La Fogata*, disponible en http://www.lafogata.org/06planeta/planeta4/pla_21-4.htm; AREDEZ MARQUEZ, RICARDO, “Años de silencios, complicidades y espera,” disponible en <http://www.segundoenfoque.com.ar/palabrasaredez.doc> y “Argentina y «sus» papeleras. Complicidad, negocios y contaminación,” *Biodiversidad en América Latina*, disponible en <http://www.biodiversidadla.org/content/view/full/23490>.

¹⁵ Ver en <http://www.commondreams.org/news2007/0501-06.htm>.

misma compañía? Lo más probable es que hay grandes vacíos en los que unos y otros entienden por “responsabilidad.”

Este tipo de contradicciones, que de ninguna manera está generalizado entre las empresas (pero que existe mucho más de lo que podríamos imaginar) está basado en distintos entendimientos de lo que implica RSE para las empresas. Lleva a prestar atención al hecho de que el movimiento RSE ha dejado de lado en su agenda el respeto por los derechos humanos y las obligaciones jurídicas y se ha focalizado más en la llegada de la empresa a la sociedad en términos de sus donaciones empresarias y la inversión social y postergando en su agenda una mirada más profunda sobre los reales medios de producción y prácticas empresarias de la compañía en relación con los procesos de producción, o las operaciones sobre el terreno que deben ocurrir para que la compañía asegure su plataforma de operación geo-socio-política-económica. Las actividades de la RSE están frecuentemente divorciadas de los procesos de producción y generan operaciones aisladas más ligadas con las relaciones públicas y con ejercicios de imagen empresaria, por válidos y legítimos que estos sean.

En el caso de la pastera Botnia, hemos visto por ejemplo diferencias notables en el personal bancario, como en Calyon, un importante banco de inversión francés, en donde el personal RSE tenía una opinión acerca del involucramiento de Calyon en la pastera Botnia, mientras que el personal de finanzas del mismo banco tenía claramente una visión completamente distinta del proyecto, ampliamente ignorando preocupaciones sociales y ambientales, descartándolas como un tecnicismo no aplicable basado en el hecho que dado que la inversión de Calyon no iba directamente al proyecto, los compromisos sociales y ambientales hechos por Calyon bajo los Principios de Ecuador no eran aplicables.

Los derechos humanos y las obligaciones de derechos humanos de las empresas y su relación con el movimiento RSE se evidencia más recientemente en casos que involucran, por ejemplo, grandes inversiones empresarias en la industria de indumentaria, en donde se ha descubierto que distribuidores y productores de importantes y muy rentables industrias de indumentaria obtenían sus prendas a expensas de violaciones graves a los derechos humanos (particularmente derechos del trabajo) llevadas a cabo en fábricas en donde se explota a los obreros en condiciones laborales de esclavitud en centros manufactureros sub-contratados. El control público sobre tales violaciones alcanzó niveles sin precedente y engendró un conjunto de iniciativas (muchas de las cuales nacieron de las empresas mismas) tendientes a respetar una serie de principios éticos, voluntarios y auto-impuestos de conducta empresaria, y sobre el compromiso de las empresas a cumplir ciertas prácticas laborales o ética empresarial.

En una temprana evolución de dichas iniciativas y códigos voluntarios (sobre todo los que aparecieron en los años 80s y 90s), no había mención alguna a los derechos humanos o al derecho internacional en la discusión que rodeaba a estas prácticas inaceptables que estaban sujetas al escrutinio público. Si bien algunos activistas (en particular organizaciones de derechos humanos) comprendían que estos temas empresarios caían dentro del ámbito de la protección internacional de los derechos humanos y que debían ser tratadas como tales, sólo muchos años

después (en la década del 2000) el discurso empresarial aceptó este nuevo enfoque de las obligaciones tendiente al respeto de los derechos humanos. Hoy, en reuniones de alto nivel del movimiento RSE en las Naciones Unidas, por ejemplo, es bastante común escuchar discusiones basadas en la responsabilidad empresarial por violaciones a los derechos humanos; en tanto que seis o siete años atrás dicha discusión no era frecuente. Estamos hoy, en cuanto a lo que a derechos humanos concierne, en donde hace una década estábamos en materia ambiental.

El hecho de que las empresas no quieran entender su *responsabilidad* social empresarial como *obligaciones legales* conlleva invariablemente un marco debilitado para canalizar y proteger efectivamente los derechos de los afectados. Una empresa que ve su RSE como una serie de variables voluntarias de conducta empresarial, o de filantropía empresarial, traducida en un equipo de RSE que intenta conciliar la operación de la empresa con su proyección social como mejor puede, en lugar de una serie de *obligaciones legales* que deben ser incorporadas a cualquier costo a la manera de operar en su actividad principal, probablemente tratará las dimensiones de su RSE con herramientas y estructuras de gestión muy distintas.

Desde la perspectiva de los afectados, ya sean individuos o comunidades que buscan asegurar el respeto o garantía de un derecho, o que buscan reparación por un daño cometido por una empresa, la forma en la que el que comete la violación (en este caso la empresa) trata una denuncia, también tendrá efecto en como podrá o no resolverla. Esta tensión también se ve en los círculos judiciales, los que, como las empresas, también han debido evolucionar en su pensamiento en cuanto a la responsabilidad empresarial en las violaciones a los derechos humanos. No vemos que dicha percepción haya avanzado sobremedida en el contexto latinoamericano, limitando así los mecanismos de reparación y la integridad del sistema de protección de los derechos humanos en la región.

En conclusión, el compromiso voluntario de las empresas en relación al respeto del marco jurídico de los derechos humanos, no garantiza que dichos derechos sean respetados, y no ofrece necesariamente un canal de reparación que sea efectivo, transparente, equitativo y justo para un afectado que reclama por la violación de sus derechos. Esta es una importante debilidad de los sistemas y marcos voluntarios de cumplimiento de los derechos humanos.

Los compromisos voluntarios son sólo tan efectivos como los mecanismos de denuncia y resolución de conflictos creados por las empresas mismas (muchas veces dichos arreglos no existen), su compromiso real a cumplirlos, y su efectividad en llamar la atención, responder, y resolver denuncias existentes, o por los mecanismos estatales no-empresarios designados para monitorear el cumplimiento de normas y leyes por parte de empresas.

El caso de Botnia nos ha demostrado que incluso en los niveles más altos de evolución normativa en el marco empresarial (el sistema financiero divisado por la CFI), incluso una auditoría interna adversa que describe violaciones a normas sociales y medioambientales, no es siempre suficiente para asegurar que los actores financieros (públicos o privados) cumplan con sus propios marcos normativos. En tanto no exista un proceso independiente, ejecutable y vinculante

puesto en marcha, el sistema siempre cederá ante el interés propio, las prioridades políticas y la subjetividad, a expensas de los derechos humanos y la protección de las comunidades afectadas.

A fin de cuentas, la integridad y efectividad de todo el sistema de acceso a la justicia (en términos de encarar la violación de un derecho por parte de una empresa) determinará si un derecho en particular está realmente protegido y un individuo o una comunidad cuyos derechos han sido violados puede obtener una reparación efectiva.

Esto abre la discusión a una serie de variables que también deben ser consideradas, más allá del alcance de este artículo, que incluyen la capacidad de los individuos de reconocer que ha ocurrido una violación a sus derechos; la capacidad de los individuos y los sistemas de monitoreo sociales (no-estatales) de denunciar las violaciones a través de los pertinentes mecanismos legales; el interés de los representantes legales (abogados) de dar prioridad a los casos que involucran a empresas; y de los sistemas judiciales (fiscales y jueces sobre todo) de dar prioridad a dichos casos y otorgar un remedio adecuado, sea una multa o un castigo a los empresarios culposos.

4. Acciones a las que las personas o comunidades afectadas pueden tener acceso

Quizás uno de los desafíos más grandes relacionados con el cumplimiento de las empresas respecto de los derechos humanos y normas ambientales sea el acceso de los afectados a mecanismos efectivos de reparación, que defiendan y protejan sus derechos, estén éstos en normas nacionales, internacionales o establecidos en códigos de conducta voluntarios o en políticas institucionales de salvaguarda.

Una reparación efectiva ideal debería ser formulada en un sistema formal y vinculante, en el cual el afectado por la conducta negligente empresaria pueda:

- Estar sistemáticamente informado de la conducta empresaria;
- tener acceso a información del sector público y privado sobre su situación en relación a la conducta empresaria;
- saber cuáles son sus derechos relacionados con la actividad privada de inversión;
- opinar sobre sus preocupaciones e intereses relativos a la inversión propuesta o la actividad empresaria puesta en marcha;
- presentar una denuncia a un mecanismo (preferentemente imparcial) con relación a un derecho vinculante o no vinculante determinado;
- recibir una revisión confiable de la denuncia, y tener una solución justa o una acción para reparar la violación; y
- tener la seguridad de que la ofensa pueda ser corregida, el daño reparado y que la violación no se repita.

El hecho de que dichos mecanismos sean o no legalmente vinculantes (enmarcados en un sistema legal con un árbitro independiente o en un mecanismo judicial) no debe necesariamente afectar el resultado. Está claro, sin embargo, que un sistema que obliga a la empresa a cumplir con la normativa tenderá a eliminar el abuso empresario de la ley. Obviamente, donde los sistemas legales son débiles lo segundo difícilmente sucederá.

La *percepción* de efectividad y legitimidad y la *real* efectividad de un mecanismo de reparación dependerá del resultado visible de los casos que le sean sometidos, y de su capacidad para en efecto otorgar protección a los derechos.

Generalmente, los grupos activistas de derechos humanos luchan por la creación de sistemas jurídicos vinculantes, para hacer responsables a las empresas por violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, dichos sistemas en los países en desarrollo, particularmente en donde las grandes empresas multinacionales están involucradas, pueden ser débiles e incluso inexistentes. En algunos casos, las empresas pueden ser muy poderosas económicamente, y tener una influencia importante en la producción local o incluso en el PBI, lo que puede en los hechos significar que los mecanismos de reparación (hasta los que están basados en estructuras legales vinculantes) pueden llegar a ser sumisos a otros intereses, dependientes y no efectivos.

4.1. *Mecanismos Voluntarios de Reparación adoptados por las Empresas*

Si bien a las empresas se las incentiva a ofrecer mecanismos de reparación, procesos por los cuales un individuo afectado puede presentar una queja a la empresa basada en violaciones al código de conducta o a otra acción empresaria que pueda afectar los derechos de la comunidad, muy pocas empresas los brindan de modo efectivo.

Estos mecanismos, si bien dotan de herramientas útiles para la resolución de conflictos internacionales e incluso para problemas de la comunidad, son generalmente limitados en su alcance, legitimidad y efectividad. Si bien son efectivos para controversias menores de índole interno, y pueden ser eficaces para resolver los problemas de la comunidad, a veces los conflictos adoptan una importancia de otras magnitudes y pueden llegar a ser completamente irresolubles sin la intervención de un tercero (el sector judicial, por ejemplo.) En el caso de violación a derechos humanos, ambientales u otros abusos serios que involucran a derechos inalienables, la parcialidad que ofrecen los canales internos de la empresa para abordar una reparación, tienen el gran riesgo de no ser suficientes para defender debidamente al interés de la víctima.

4.2. *Mecanismos de reparación de las IFIs*

Al examinar la estructura de los mecanismos de reparación ofrecidos en el marco de muchos casos de FID, debemos considerar los paneles de control y auditoría como el Panel de Inspección del Banco Mundial (PIBM), y otros paneles similares existentes en algunos IFIs regionales como el Banco Interamericano de Desarrollo, o el Ombudsman y Asesor en materia de Observación y Cumplimiento (CAO) de la CFI. Estos mecanismos, si bien en general no son vinculantes para los procedimientos de gestión internacionales de los IFIs, proporcionan una evaluación independiente

importante en cuanto al cumplimiento de un determinado proyecto con las Políticas de Salvaguardas Sociales y Ambientales de la institución.

Paneles como el PIBM o el CAO, si bien no son vinculantes, crean incentivos para las IFIs —y para las empresas que buscan financiamiento de las IFIs— para que los aspectos sociales y ambientales de la inversión cumplan con la normativa y estándares vigentes, incluso cuando esos incentivos no siempre provean la presión necesaria para garantizar el cumplimiento. En tanto que en algunos casos quejas o acciones en este tipo de mecanismos han alcanzado resultados mensurables, otras veces, como en el caso de la pastera Botnia en el Uruguay, la CFI y más generalmente el alto gerenciamiento del Grupo del Banco Mundial (incluyendo el Directorio) han ignorado completamente las recomendaciones y auditoría del CAO. Esta es una debilidad inherente de dicho mecanismo de reparación y hasta tanto el aspecto no-vinculante de los mecanismos de cumplimiento internacional se torne vinculante, la efectividad de estos sistemas dependerá de la voluntad política del IFI y de las empresas de seguir las recomendaciones de los paneles y de adherir a las políticas de salvaguarda.

No obstante, debe destacarse que la opinión de los paneles, y quizás más todavía, la decisión final de una IFI como el Banco Mundial de resolver otorgar financiamiento o no a una empresa, envía un mensaje muy fuerte a la comunidad financiera (y a los actores del FID) en el sentido de que el proyecto de inversión cumple con los estándares internacionales, y que de hecho cumple con los compromisos de la institución de proteger a los grupos locales afectados, incluso aún cuando en la práctica este no sea el caso. Este es un punto importante dado que la integridad y la fuerza de los marcos normativos de salvaguardas y su efectividad en proteger los derechos de las comunidades afectadas, depende del esfuerzo voluntario de las IFIs de cumplir con su propia debida diligencia. La integridad del sistema de derechos de una IFI (políticas) es tan fuerte como sus compromisos en sostenerla.

Lo que hemos aprendido de la práctica en el caso de la pastera Botnia y la participación de la CFI en el caso (la CFI tiene el deber de cumplir con las políticas de salvaguarda del organismo) es que la exposición política sobre la complicidad de la IFI en las violaciones a las políticas del organismo y en su falta de debida diligencia, fastidia y asusta a los directores y responsables de programas. Esto resulta en que el personal responsable del organismo esté menos proclive a admitir faltas y que defienda radicalmente su postura, su reputación, e ignore las falencias en el cumplimiento de políticas de salvaguarda que conlleva el proyecto.

Por ejemplo, en el caso de Botnia, una mordaz auditoría e informes de CAO, que esencialmente fallaron a favor de la denuncia de la comunidad de afectados que peticionaba, no tuvo la capacidad de movilizar a la institución a reparar sus ofensas en cuanto a políticas del organismo. Es lamentable que, en este caso, aquello que sería de otra forma un mecanismo muy efectivo, de control del cumplimiento de políticas (y de protección del derecho del afectado), sea debilitada por la inhabilidad de la IFI de hacer responsable a su propio personal en base a sus políticas de salvaguarda. Este es quizás el vínculo más débil en el sistema de reparación del IFI.

La conclusión a extraer sobre los mecanismos de reparación de las IFIs es que pueden ser foros importantes para presentar denuncias sobre violaciones de políticas de salvaguarda y que pueden provocar impactos importantes en los proyectos y correcciones a éstos; pero en términos de proporcionar una protección efectiva y vinculante a los derechos de las comunidades afectadas, no ofrecen, al presente, garantías suficientes para dicha protección.

4.3. *Mecanismos de reparación nacional*

El bienestar general y los derechos deben ser garantizados por mecanismos estatales establecidos al efecto, y su seguridad sólo puede ser efectivamente garantizada por mecanismos judiciales. En tanto estos mecanismos sean demasiado débiles para proporcionar dichas garantías, la protección de los derechos humanos continúa siendo deficiente.

Un problema sistemático para proteger los derechos de los grupos afectados, presentado a gran escala en los proyectos de FID, es el relativo al poder de las empresas frente a muchos gobiernos locales. En general una empresa económicamente poderosa como Botnia, en el caso de las fábricas de pasta celulosa, diseñará su proyecto en consulta con cada actor financiero, teniendo como guía su propio análisis económico, encuestas de mercado nacionales e internacionales, y el análisis del clima de inversión local y de las oportunidades ofrecidas por un determinado gobierno receptor. Cuanto más importante sea la inversión en relación al PBI del país anfitrión, mayor será la fuerza que la empresa tendrá en sus negociaciones con el gobierno local en términos de exenciones impositivas favorables, permisos para operar, concesiones o reformas necesarias, requerimientos de infraestructura (*v. gr.* rutas o puertos), garantías contra protestas y oposiciones locales, etc. Podemos imaginar la implicación y relevancia de la inversión de Botnia, que fue la más grande inversión internacional en la historia del Uruguay a un pequeño municipio de 35.000 habitantes que llevaba casi 30 años estancando económicamente.

La evolución del clima de inversiones, y el proceso de negociación por una gran empresa con un gobierno local relativamente débil, tiende a ubicar los intereses empresarios por sobre los intereses sociales y económicos de las comunidades locales. Es una práctica generalizada de las empresas multinacionales asegurarse acuerdos de protección de inversiones, llamados Acuerdos del Gobierno Local, que enmarcan los derechos que gobiernan la inversión. En la práctica, mientras que las empresas insistan en que dichos acuerdos son meramente contratos comerciales y que no violan los derechos de las comunidades interesadas, pondrán a éstas en desventaja, dado que habitualmente los Estados tenderán a garantizar los derechos de las empresas tal como están establecidos en los mencionados acuerdos, más allá de los derechos de los grupos interesados que puedan llegar a ser afectados por el proyecto de inversión. *Infra* ofrecemos una descripción más detallada de estos acuerdos.

5. *Tratados de Inversión (TIs)*¹⁶ y el CIADI

En la sección anterior mencionamos la importancia y la prioridad asignada por los Estados al cumplimiento de las obligaciones estipuladas por los TIs, por sobre los derechos de las comunidades interesadas y la obligación de los Estados de respetar sus derechos humanos.

Debemos aclarar que los TIs apuntan generalmente a dos propósitos: El primero, establecer un acuerdo bilateral entre dos países (el país anfitrión y el país original de la empresa extranjera que hace la inversión) y el segundo, establecer las pautas y derechos que gobiernan la relación comercial entre la empresa y el país anfitrión. Ambos generalmente se complementan y trabajan juntos, y el uno es el resultado directo del otro.

Los TIs y los contratos están adaptados y diseñados por las negociaciones de los actores interesados. Como tales, debería ser natural que cada actor (empresa o Estado) participe en la negociación en aras a proteger su respectivo interés. Sin embargo, la práctica demuestra que los TIs se parecen mucho entre sí, y que generalmente están diseñados de manera universal, para proteger los intereses de los inversores. Con el tiempo, la parte empresaria de los TIs fue descubriendo cuáles cláusulas las tienden a favorecer, y de esa manera, fue construyendo un estándar internacional de TIs que favorecen a la larga la inversión.

Está ausente, en la gran mayoría de los TIs, cualquier mención de las comunidades afectadas. Es más, generalmente las comunidades afectadas se tratan en los TIs, no como tal, sino como posibles riesgos al proyecto, a causa de manifestaciones en contra del proyecto que pueden incidir en su viabilidad y rentabilidad. Es muy común ver cláusulas sobre inestabilidad política o social que puede afectar al proyecto, y en este sentido, la empresa es favorecida, y el Estado es quien debe cubrir eventuales pérdidas.

Por otro lado, los Estados no contemplan si los beneficios otorgados en los TIs, de alguna manera afectan su capacidad de brindar la protección necesaria a los derechos humanos de su población. No contemplan si los beneficios y derechos otorgados al inversor limitan la capacidad del Estado, o si están diametralmente en conflicto con la obligación del Estado de velar por el cumplimiento y respeto de los derechos humanos.

Las empresas han aprendido cuál es el formato, cuáles las cláusulas y cuáles los términos específicos que deben contener los TIs para proteger mejor sus inversiones. Y los Estados, con tal de atraer inversiones, aceptan dichas condiciones, siempre facilitando caminos simples y rápidos al FID. En consecuencia, cuando los Estados negocian TIs, no están pensando por lo general en las comunidades afectadas o en un lenguaje del acuerdo que refleje su protección. Además, los paneles de resolución de controversias que a menudo se establecen bajo los TIs, como el Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI), sólo tienen en cuenta los derechos comerciales y contractuales establecidos en los TIs y no tienen

¹⁶ Nota de traducción: Host Government Agreements.

jurisdicción para examinar las implicancias en cuanto a derechos humanos de las decisiones del gobierno de respetar los TIs con las empresas. Esta tendencia seguramente verá modificaciones luego de las experiencias de la República Argentina y las decenas de denuncias que tiene por violar TIs en donde el gobierno argentino argumenta basado en que su obligación de proteger los derechos humanos (durante una crisis social y económica) que está por encima del deber respetar los TIs firmados.

El caso de *Aguas Argentinas*, en donde el Estado argentino enfrenta una controversia contra Suez en el CIADI, es un claro ejemplo de cuando una decisión del gobierno de revocar los derechos establecidos en el TI en el medio de una emergencia social (respetando los derechos de los consumidores de agua contra los acuerdos originales con las empresas que establecían el precio dólar) demuestra cómo juegan las tensiones entre los derechos humanos/TIs (en general favoreciendo a los intereses empresarios) en el plano internacional.

Finalmente, las comunidades afectadas casi nunca son consultadas en el proceso de negociación, preparación y ratificación de un TI, al menos no conocemos experiencias donde se haya hecho. Esto necesariamente implica que las preocupaciones de la comunidad tienen poco o nada de peso en el lenguaje final de los TIs.

Las controversias sobre el cumplimiento de los TIs se ventilan generalmente ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), un panel *ad hoc* que nació como un *pacto de caballeros globalmente aceptado* para que el Presidente del Banco Mundial interviniera en la resolución de diferendos comerciales entre Estados y empresas.

El Banco Mundial contrató un equipo legal extenso para asesorar jueces *ad hoc* para los múltiples casos que empezaron a llegar al tribunal. Su sede sigue en el Banco Mundial. Muchos han criticado la naturaleza parcial del CIADI dado que en muchas controversias, una de las agencias del Grupo del Banco Mundial co-financia la inversión.

Algunos de los puntos críticos a tener en consideración en las características generales de los TIs son:

- La importancia y prioridad por sobre la legislación nacional que se les asigna a los TIs y contratos;
- el gran desequilibrio de poder que puede llegar a existir entre la empresa (que trae grandes inversiones) y el gobierno anfitrión (local o nacional) y la subsiguiente influencia que la empresa ejerce en los tres poderes del gobierno (legislativo, judicial o ejecutivo) lo que puede trasuntar en una falta de intención de someterlos a juicio;
- las cláusulas de estabilización en los TIs que limitan la responsabilidad empresaria y posicionan a los gobiernos anfitriones (y a las comunidades afectadas) en desventaja para proteger los derechos de la comunidad por sobre los derechos comerciales;
- la falta de conocimiento por parte de los afectados de las cláusulas del TI o incluso de sus derechos frente al impacto de la actividad de los inversores;

- la falta de recurso de los afectados locales en los TIs; y
- la incapacidad o falta de voluntad de los mecanismos de solución de controversias de los TIs (como el CIADI) de considerar las obligaciones de derechos humanos o del derecho ambiental en los diferendos contractuales entre los gobiernos receptores y las empresas.)

Los TIs evidentemente no están diseñados para proteger los derechos de las comunidades afectadas e incluso, a veces pueden llegar a ir en contra de dicha protección. Un área que debería ser desarrollada en la evolución de los TIs es analizar las implicancias que para las comunidades afectadas tienen las cláusulas de estabilización, la incorporación del lenguaje de los derechos humanos en los TIs (posiblemente una formulación que exima a los gobiernos de cumplir con los contratos cuando el cumplimiento ponga en riesgo la protección de los derechos humanos), o incluso ampliar la jurisdicción de los tribunales encargados de resolver las controversias en términos de las implicancias para el cumplimiento de los derechos humanos que conllevaría a defender los intereses de los TIs y de las empresas por sobre los de las comunidades afectadas.

6. Naturaleza interrelacionada de la estructura de gobierno del FID

En nuestra labor con relación a la FID, hemos encontrado que los actores que operan en ella están mucho más interrelacionados de lo que podría parecer a primera vista, y que se apoyan los unos a los otros para obtener legitimidad, para crear seguridad de política y de inversión y para fortalecer su *lobby* con respecto a la inversión propuesta y los objetivos de desarrollo que la gobiernan. A pesar de la existencia de poderosas salvaguardas de políticas que emanan en general de las IFIs, estos actores y su dinámica no están necesariamente dirigidos hacia la protección de las comunidades afectadas y no ubican los derechos de los afectados por sobre o en un pie de igualdad con los derechos comerciales, los que tienden a tener prelación.

En tanto una acción por parte de un afectado, una organización de la sociedad civil o cualquier otro actor que intente presentar una demanda por violación a sus derechos, en las que se invoque la afectación de un derecho o se solicite la reparación o el cese de una violación, esté acotada a un actor particular o una dimensión de la inversión, dicha acción tendrá una capacidad limitada de proporcionar una protección efectiva. La difusión del riesgo inversor y la distribución de la participación entre los actores estatales en un determinado proyecto FID, tienden a aislar a cada actor (empresa o estado) de tener que enfrentar controles sobre su responsabilidad en la violación de algún derecho. Por el contrario, como cada uno de los actores es confrontado públicamente, por complicidad presunta en la violación de los derechos de los afectados, la resonancia del tema que rodea a la presunta violación tiende a aumentar la posibilidad de que la ofensa sea tratada y posiblemente resuelta.

La tendencia a la atomización de los foros y la multiplicidad de actores que componen un determinado proyecto, se potencia en contra de la protección de los derechos por la incapacidad generalizada y la limitación del denunciante (técnica y económica) de enfrentar a

todos los actores por separado; y como no hay foros únicos para llevar una denuncia en un caso de FID, esta barrera es casi insuperable.

Lo que hemos aprendido del caso de Botnia es que la mera presentación de una demanda contra un IFI (a través de una queja al CAO) no fue suficiente para que la IFI o la empresa se conformaran a un proceso de reparación. No fue sino hasta que otros actores financieros fueron puestos bajo la lupa y que su complicidad en la violación fue puesta en duda en la esfera pública, que dichos actores comenzaron a tomar medidas para hacer frente a las acusaciones, tomar posición e intentar resolver la controversia.

La lección importante que extraemos de esta experiencia es la necesidad de analizar cualquier conflicto que se presente en el marco del FID de un modo amplio, multifrentista, y exhaustivo, identificando cuidadosamente lo que llamamos los *conductores* del FID (*drivers*.)

Los *conductores* del FID pueden ser definidos como aquellas instituciones, privadas o públicas, que facilitan, crean incentivos para, o hacen el proyecto FID viable. Cada uno de estos actores tiene respectivas obligaciones legales, morales y éticas (y pueden o no tener cada uno mecanismos de reparación de las violaciones a las obligaciones). Las comunidades afectadas también tienen ciertos derechos frente a estos actores (éstos pueden estar contenidos en leyes locales, en el derecho internacional, en principios o códigos voluntarios, o en políticas de salvaguarda de las mismas instituciones financieras, si las tienen.)

Resulta clave para lograr el avance de la protección y el respeto de los derechos humanos y obligaciones ambientales en el FID, activar los mecanismos existentes o crearlos cuando no existen, para la protección de dichos derechos, ante cada uno de esos actores, de un modo colectivo y global.

7. Cabildeo Integral¹⁷

Una lección importante aprendida en las estrategias de litigio formal y extrajudicial llevadas a cabo para proteger los derechos de las comunidades afectadas contra las violaciones a sus derechos en el caso de la pastera Botnia apunta a la importancia de desarrollar un *enfoque integral de cabildeo*.

El CEDHA ha trabajado en desarrollar lo que llamamos *Comprehensive Advocacy Framework and Strategy (Estrategia y Marco Integral de Cabildeo)*. La idea principal de este enfoque está basada en un análisis detenido del contenido del derecho en cuestión, la identificación de los actores (privados y públicos) responsables por la protección del derecho, la detección precisa de las acciones del actor que los viola, la exhaustiva detección de las normas, regulaciones, y leyes que gobiernan a los individuos y organismos responsables, sumado a un análisis de las dinámicas sociales y comunicacionales que valoran y temen (por el riesgo a

¹⁷ Nota de traducción: Original en inglés: *comprehensive advocacy*.

su reputación o libertad) las personas que conducen las actividades de los responsables. Esto se complementa con una estrategia amplia multifacética, en la que se encaran denuncias, comunicaciones, y se realiza una red de contactos para intercambiar información y visibilizar la causa lo más posible en los ámbitos de mayor resonancia e impacto.

El análisis del contexto de la violación de un derecho, y los derechos específicamente violados en el caso de un proyecto FID, pueden incluir, por ejemplo, derechos establecidos por:

- Una IFI que cofinancia una inversión (a través de sus Políticas de Salvaguarda);
- códigos voluntarios de la empresa o de las instituciones de financiación privada que brindan apoyo a la inversión;
- códigos voluntarios internacionales;
- leyes nacionales que rigen la conducta empresaria (tanto en el país receptor de la emisión como en el país de origen de la empresa); o
- el derecho internacional.

En el enfoque global que propugnamos es clave identificar los derechos de las comunidades afectadas mencionados arriba con el correspondiente actor que es responsable y/ o está obligado a respetar y proteger ese derecho y con el actor o agente que es el perpetrador de su violación, y finalmente con el mecanismo de solución (legal o de otro tipo) que es responsable de encarar acusaciones de violaciones de ese derecho. Un conflicto dado puede tener dimensiones muy complejas en las actitudes y las acciones de los actores, o en los intereses contrapuestos, conflicto de derechos, etc. y cada caso debe ser analizado e incorporado en un marco de incidencia y una estrategia adecuada.

Desarrollar una estrategia de incidencia para defender los derechos de las comunidades afectadas en la mayor cantidad de estos derechos, marcos y sistemas de reparación posibles es esencial para acrecentar la efectividad de las acciones tomadas para proteger el derecho en cuestión, y para hacer resonar entre los actores responsables, la gravedad del problema, y esclarecer ante ellos, su complicidad colectiva en las violaciones.

Al punto que estos canales estén bien identificados y las estrategias y acciones pensadas para promover el acceso a la justicia en cada una de ellos, el potencial para proteger los derechos de las comunidades afectadas se incrementa, aunque nunca se garantiza, ya que ninguno de estos canales tiene procesos vinculantes, ni está orientado aún a dar respuestas serias a demandas por violaciones de derechos humanos. Una estrategia adecuada debe necesariamente tener una diversidad de elementos y de dimensiones de incidencia para lograr ser efectiva. Éstas pueden incluir:

- Una estrategia legal efectiva;
- canales de comunicación apropiados con los perpetradores y las agencias de control;

- vínculos e intercambio fluido con las autoridades judiciales o de cumplimiento de la ley (locales o internacionales);
- una estrategia de comunicación efectiva, a nivel local e internacional;
- la identificación de los conductores de la inversión (qué instituciones hacen a la inversión viable);
- la identificación de las áreas sensibles de influencia de los conductores;
- una lista extensa e integral de correos electrónicos o una lista de diseminación para los grupos de interés (o accionistas) de los actores financieros para informar de modo regular y sistemático sobre el desarrollo del caso.

Podemos enumerar algunos de estos foros como ejemplos de cómo la violación a los derechos de las comunidades afectadas que emanan de los impactos sociales y ambientales negativos del FIDs pueden ser canalizados a través de los mecanismos de reparación de una manera integral. Ninguno de éstos, de manera individual, es necesariamente mejor o peor en su capacidad de proporcionar una reparación efectiva, pero cada uno en sí provee un foro público y políticamente visible en donde el mero hecho de que una demanda haya sido presentada contra un actor estatal, una institución financiera intergubernamental, o contra una empresa, torna visible el caso, e incrementa las posibilidades de la comunidad de afectados de recibir reparación por las violaciones cometidas contra ella.

Es interesante analizar la estrategia seguida en el caso de Botnia ya que dichos foros no solamente fueron identificados, sino que se presentaron denuncias en muchos de ellos, auto-respaldando las denuncias en sí mismas, y haciendo eco de las violaciones en un ámbito internacional muy amplio. La resonancia que se logró en el caso lo insertó indiscutiblemente a nivel internacional de tal manera que ninguno de los actores quedó libre de críticas en algún espacio que era de importancia para ese actor. Se creó mediante la multiplicidad de denuncias, de hecho, una especie de unificación de escenario, una plataforma de apalancamiento para llevar las violaciones al escrutinio público y consiguientemente presionar a la empresa, al Estado de Finlandia, al Uruguay y al Banco Mundial para que analizaran con mayor detenimiento el proyecto para buscar posibles opciones para una solución al conflicto presentado.

Ello resultó en que una de las pasteras se retirara (la pastera de la empresa española ENCE). Botnia, sin embargo, por razones que van más allá del análisis de este artículo, continuó con su plan de inversiones.

En el caso de la pastera Botnia, financiada por la CFI y apoyada por Finlandia y Uruguay, el CEDHA presentó acciones basadas en varias iniciativas voluntarias pero también en foros legales vinculantes, las cuales juntas proveyeron una interesante e innovadora estrategia hacia el cabildeo de los derechos de la FID. Estas acciones incluyeron:

- Una denuncia contra la CFI, Botnia y ENCE al Ombudsman (CAO) del Banco Mundial;
- tres denuncias por violación a los Principios de Ecuador a los tres grandes bancos internacionales de financiación (Grupo ING, BBVA y Calyon);
- una petición por violación a los derechos humanos presentada contra una de las mayores instituciones financieras (Nordea);
- cuatro denuncias presentadas basadas en violaciones a las Directrices OCDE (contra Botnia, Finnvera-the Finnish ECA, y Nordea);
- dos denuncias a las oficinas del Ombudsman de la UE y del gobierno de Finlandia;
- una petición contra Uruguay ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violaciones de los derechos humanos de las comunidades afectadas de nacionalidad argentina;
- una querrela penal contra los directores de la compañía en las cortes de Argentina (que incluyó la primera vez en que se alegó la complicidad de uno de los integrantes del Directorio Ejecutivo del Banco Mundial que votó para financiar el proyecto a pesar de las conclusiones del CAO de que éste no cumplía con las Políticas de Salvaguarda del Banco).

Debe destacarse que, en algunos casos, foros particulares, en especial los foros no vinculantes, designados para proteger los derechos de las comunidades afectadas, pueden no llegar a tener procedimientos o mecanismos de presentación de quejas para controlar su cumplimiento. La inexistencia de procedimientos de queja no debería impedir a las comunidades afectadas y a los grupos de la sociedad civil proseguir con una denuncia, dado que las virtudes de los procesos informales a través de hacer dirigibles, dar visibilidad y prioridad a una queja no son necesariamente excluidas o anuladas por la falta de procedimientos formales. El mero hecho de presentar una denuncia puede tener impactos políticos y mediáticos importantes, con independencia de la formalidad (o falta de ella) del proceso mismo. En caso de la pastera Botnia, por ejemplo, CEDHA presentó las siguientes quejas en foros que no tenían procedimientos formales de reclamación, algunas con resultados muy positivos y fortalecedores:

- Pedido de Información al Gobierno Finlandés sobre la participación de agencias estatales finlandesas en el proyecto Botnia (ejerciendo derechos establecidos bajo la Convención Aarhus) Resultado: Respondió con información pertinente;
- Denuncias por Violación a los Principios de Ecuador contra el Grupo ING de los Países Bajos por violaciones a los Principios de Ecuador (no existe un procedimiento de denuncia, fue presentado directamente al banco con una amplia difusión pública); Resultado: El banco retiró US\$ 480 millones del proyecto;
- Denuncia por Violación a los Principios de Ecuador contra Calyon de Francia (una banca privada) por violaciones a los Principios de Ecuador (no existe un procedimiento de queja, fue presentado directamente al banco con una amplia difusión pública); Resultado: El banco invitó a CEDHA a dialogar pero eligió apoyar a Botnia, mas de

ahora en adelante considerará establecer un mecanismo de queja y personal dedicado al asunto;

- Denuncia de Incumplimiento de Derechos Humanos contra Nordea de Suecia (una banca privada) por violaciones a sus propios compromisos voluntarios a la protección internacional de los derechos humanos, presentado directamente al banco con una amplia difusión pública); Resultado: Reunión con el banco, pero sin respuesta subsiguiente;
- Denuncia al Ombudsman de la UE; en proceso;
- Denuncia ante el Ombudsman de Finlandia para revisar el manejo del Estado finlandés, la transparencia y su relación con la inversión de Botnia; en proceso.

Estas presentaciones lograron una alta visibilidad para el caso, contribuyendo a la preocupación global por la protección de los derechos de las comunidades afectadas y ejerciendo una enorme presión en las instituciones financieras y estatales que hicieron la inversión viable, para considerar los temas de derechos que surgieron frente a este proyecto de FID, y en última instancia han incrementado el potencial de los derechos en cuestión en procura de que sean respetados y protegidos.

8. Conclusiones

Este artículo examina los derechos de las comunidades afectadas y los mecanismos de acceso a la justicia disponibles para garantizar los derechos humanos en el contexto del Financiamiento Internacional para el Desarrollo (FID.) El análisis incluye un estudio de las leyes vinculantes, normas no-vinculantes, reglas, códigos voluntarios y mecanismos de reparación que han sido establecidos para garantizar los derechos de las comunidades afectadas en los proyectos de la FID.

Hemos encontrado que existe una gran gama de derechos o *cuasi derechos*, y variados grados de efectividad de los mecanismos establecidos para proteger dichos derechos.

También hallamos una amplia variedad de compromisos de los actores financieros y distintos niveles de prioridades asignadas respecto a estos derechos, así como también diferentes estamentos en la capacidad de los actores estatales de actuar como protectores o garantes de los derechos de las comunidades afectadas.

Si bien los mecanismos globales establecidos para defender los derechos de las comunidades afectadas adolecen de importantes limitaciones para lograrlo, la discusión en torno a los intereses de las comunidades afectadas, sus derechos, la obligación del sector financiero (público y privado) de garantizar dichos derechos, y el rol del Estado en protegerlos, está —a todas luces— avanzando y evolucionando.

Como sociedad, nuestro objetivo debería ser trabajar hacia una mayor *accountability* de las empresas (responsabilidad vinculante) y que los Estados se aseguren que las comunidades locales no sean afectadas adversamente por las inversiones a gran escala que sólo están dirigidas a aumentar el lucro comercial, con poca —inexistente o meramente cosmética— consideración por las externalidades negativas de carácter social o ambiental.

La industrialización, el desarrollo económico y el crecimiento del sector privado no son intrínsecamente objetivos malos o indignos, pero deben ocurrir en un contexto de desarrollo equitativo, protección a los grupos marginales y vulnerables, y desde luego dentro de un contexto en el cual los derechos humanos y el derecho ambiental sean respetados.

La globalización y la democratización de nuestra sociedad, si bien presenta muchos desafíos para asegurar un desarrollo equitativo y justo, también ofrece variadas oportunidades a las comunidades locales y a las sociedades en su conjunto para llevar a cabo los objetivos de desarrollo del milenio. El acceso global de las comunidades afectadas a la información y a una participación creciente en la toma de decisiones, o la capacidad de participar activamente o influenciar el desarrollo de las políticas públicas, está lentamente mejorando el área del FID en términos de garantizar los derechos y en asegurar el cumplimiento de los actores financieros y estatales con la obligación de proteger los derechos de las comunidades afectadas.

Por supuesto, estos sistemas todavía adolecen de importantes e inherentes debilidades en aras a garantizar su actuación decisiva y efectiva para proteger los derechos humanos. En particular, es necesario el desarrollo de sistemas de acceso a la justicia que sean efectivos, independientes y vinculantes, para proporcionar legitimidad e impacto a los sistemas y procesos existentes, los que son generalmente débiles.

La sociedad civil está explorando nuevos canales de *cabildeo* y de apertura de nuevos foros, así como también está vislumbrando estrategias de incidencia para hacer responsables a las empresas por violaciones a sus obligaciones en materia de derechos humanos. La expansión y evolución de dichos ejercicios piloto son críticas para explorar las avenidas de protección de derechos.

Se necesita prestar más atención para balancear el campo de juego llevando los derechos humanos de las comunidades afectadas por encima y más allá de los intereses empresarios, particularmente dado el relativo y desigual (superior) poder que las empresas tienen sobre los gobiernos receptores y posteriormente sobre las comunidades en donde realizan su inversión. No debe ser subestimado el rol que los Estados, las organizaciones internacionales e intergubernamentales como el Banco Mundial o las Naciones Unidas pueden jugar en la evolución de dicho contexto.

En conclusión, es importante reconocer que hace sólo unas décadas, grandes empresas multinacionales operaron en un campo sin consideraciones ni discusiones o consciencia de los impactos a gran escala de las inversiones en el ambiente, y menos aún en relación a la protección de los derechos humanos o la salud de la comunidad y calidad de vida.

Las primeras consideraciones tuvieron lugar en relación a la protección ambiental y estándares laborales que lentamente progresaron en forma más amplia en relación a derechos humanos y otras normas sociales y de conducta. Esta es una evolución saludable y hay un avance, aunque estemos todavía lejos de lograr un entendimiento común y un acuerdo en considerar a las corporaciones como sujetos de derecho internacional respetuosos de derechos humanos y tan responsables de respetarlos como los Estados signatarios de los principales tratados de derechos humanos.

A medida que avancemos como sociedad, y se logre un entendimiento universal sobre la importancia de los derechos humanos para el comportamiento empresarial, terminaremos por alcanzar nuestro objetivo.