

UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

**EL ACCESO A LA JUSTICIA GLOBAL CORPORATIVA DE LAS
VICTIMAS DEL DESARROLLO. IMPLICACIONES JURÍDICO-
CONSTITUCIONALES**

**Estudio de caso sobre el desalojo de la comunidad afrocolombiana del
Tabaco por el mega-proyecto carbonífero del Cerrejón**

ANGEL LIBARDO HERREÑO HERNÁNDEZ

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES**
Bogotá D.C., Colombia
Julio de 2019

**EL ACCESO A LA JUSTICIA GLOBAL CORPORATIVA DE LAS
VICTIMAS DEL DESARROLLO. IMPLICACIONES JURÍDICO-
CONSTITUCIONALES**

**Estudio de caso sobre el desalojo de la comunidad afrocolombiana del Tabaco por
el mega-proyecto carbonífero del Cerrejón**

ANGEL LIBARDO HERREÑO HERNÁNDEZ

**Tesis como requisito para optar al título de:
Magíster en Derecho Constitucional**

**Director:
Dr. JORGE ENRIQUE CARVAJAL MARTINEZ**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES**

**Bogotá D.C., Colombia
Julio de 2019**

***A mis hijas, Valentina y Natalia,
un amor cósmico...***

Agradecimientos

Sincera gratitud a la Universidad Nacional de Colombia y a los Docentes de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales en el marco de la Conmemoración del Sesquicentenario Institucional (1868-2018), por sus invaluable aportes a la construcción del pensamiento crítico en el país.

Resumen

En esta monografía se plantea la emergencia de un derecho global corporativo de tipo *soft law*, que está socavando las bases del derecho internacional público y constitucional, y de sus sistemas de protección de los derechos humanos, lo que impide un auténtico acceso a la justicia de las “víctimas del desarrollo”, con lo cual se amplían los niveles de impunidad de las empresas multinacionales por los crímenes sociales y ambientales que cometen.

Desde hace dos décadas, el derecho estatal y multilateral ha sido remplazado en su función de resolución de conflictos de derechos humanos que se derivan de proyectos de desarrollo, por un derecho global corporativo. Este derecho emergente es expresión regulativa de la denominada nueva *lex mercatoria*. Las expresiones más acabadas de este derecho global de naturaleza corporativa son dos: 1) en la red global de tratados de libre comercio y de protección de las inversiones, la inclusión de dispositivos de solución de controversias por vía arbitral, y 2) en las principales instituciones de la gobernanza neoliberal, el funcionamiento de “microsistemas de justicia” de tipo *soft law* que vienen dirimiendo, cada vez con mayor prontitud y cobertura, las actuales conflictividades socio-territoriales del modelo hegemónico de desarrollo, conflictos que involucran crecientemente a los derechos humanos de personas y comunidades del sur global.

Palabras claves: neoliberalismo, modelo de desarrollo, tratados de libre comercio, derecho global, campos jurídicos, *soft law*, acumulación por desposesión, víctimas del desarrollo, derechos humanos.

Abstract

The monograph presents the emergence of a new global corporate law (soft law) which undermines the bases of the public and constitutional international law as well as of its human rights protection systems. This development impedes an authentic access to justice for the “victims of development”, increasing the levels of impunity of multinational companies for the social and environmental crimes they commit.

In the last two years state and multilateral law are being replaced by the global corporate law in their function of resolving human rights conflicts that derive from development projects. This emerging law is the regulative expression of the new merchant law (*Lex Mercatoria*). The two principle expressions of this new corporate law are: (i) in the network of global free trade and investment protection agreements: the inclusion of arbitration for dispute settlements and (ii) in the principle institutions of neoliberal governance: the operation of “micro-justice-systems” (soft-law) which more frequently settle the actual socio-territorial disputes of the hegemonic development model - conflicts which increasingly involve the human rights of people and communities in the Global South.

Keywords: neoliberalism, development model, free trade agreement, global law, fields of law, soft law, accumulation by dispossession, victims of development, human rights.

Contenido

| | |
|--|-----|
| INTRODUCCIÓN | 11 |
| CAPITULO 1 | |
| DISCUSIONES TEÓRICAS SOBRE EL DERECHO GLOBAL Y SOBRE LAS VÍCTIMAS DEL DESARROLLO | 17 |
| 1.1. Estudios y debates referentes al derecho global | 17 |
| 1.1.1. Posición sobre la emergencia de un derecho global | 20 |
| 1.1.2. Posición sobre las adaptaciones del derecho internacional en la globalización | 27 |
| 1.2. Estudios acerca de las víctimas del desarrollo | 43 |
| 1.2.1. Noción genérica y tipologías sobre las víctimas | 43 |
| 1.2.2. Estudios sobre los procesos de despojo en la globalización | 46 |
| 1.3. Estudios sobre el acceso a la justicia global de las víctimas del desarrollo | 52 |
| 1.3.1. Las resistencias socio-jurídicas antiglobalización | 54 |
| 1.3.2. El acceso a los espacios y mecanismos de la justicia global | 58 |
| CAPITULO 2 | |
| EL CAMPO JURÍDICO DE LA JUSTICIA GLOBAL CORPORATIVA | 62 |
| 2.1. El pluralismo jurídico global “desde arriba” | 62 |
| 2.1.1. Aproximación a la teoría del pluralismo jurídico | 63 |
| 2.1.2. Representaciones teóricas del pluralismo jurídico | 68 |
| 2.1.3. Cartografía del pluralismo jurídico global | 74 |
| 2.2. <i>Habitus</i> en la justicia global corporativa | 80 |
| 2.2.1. Las justicias corporativas flexibles | 89 |
| 2.2.2. La hegemonía de la responsabilidad social empresarial y los derechos humanos | 94 |
| 2.2.3. Responsabilidad jurídica de las empresas e inversionistas | 99 |
| 2.2.4. Hacia un tratado vinculante sobre empresas transnacionales y derechos humanos | 103 |
| 2.2.5. La debida diligencia como solución <i>soft law</i> | 112 |
| 2.2.6. Una solución intermedia frágil: litigios a partir de la Alien Torts Claims Act (ATCA) | 114 |
| 2.2.7. Un tribunal internacional para juzgar crímenes corporativos | 123 |
| 2.3. Mecanismos institucionales de la justicia global corporativa | 143 |
| 2.3.1. La red mundial de mecanismos de <i>accountability</i> externa de las instituciones de la gobernanza global | 144 |
| 2.3.2. El mecanismo de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos Nacionales de Contacto de la OCDE | 148 |
| 2.3.2.1. El Punto Nacional de Contacto de Colombia | 171 |
| 2.3.3. Balance sobre la eficiencia para la protección de los derechos humanos de algunos mecanismos de <i>accountability</i> | 176 |
| CAPITULO 3 | |
| REGULACIÓN Y RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS EN COLOMBIA | 184 |
| 3.1. La responsabilidad empresarial en el ámbito constitucional | 185 |
| 3.2. La responsabilidad civil empresarial | 190 |

| | | |
|----------|--|-----|
| 3.3. | La responsabilidad penal empresarial | 194 |
| | CAPITULO 4 | 202 |
| | LAS VÍCTIMAS DEL DESARROLLO Y SU ACCESO A LA JUSTICIA GLOBAL CORPORATIVA | |
| 4.1. | ¿Quiénes son las víctimas del desarrollo? | 203 |
| 4.2. | Acceso a la justicia global corporativa | 208 |
| 4.3. | El activismo socio-jurídico cosmopolita de las víctimas del desarrollo | 212 |
| | CAPITULO 5 | 218 |
| | ANALISIS SOCIO-JURÍDICO DEL CASO “EL TABACO” | |
| 5.1. | Historia y ancestralidad en El Tabaco | 219 |
| 5.2. | Evolución del complejo carbonífero El Cerrejón | 224 |
| 5.3. | Artilugios jurídicos de las multinacionales | 227 |
| 5.4. | El desalojo ilegal y violento del tabaco | 231 |
| 5.5. | Dialécticas socio-jurídicas en el caso del Tabaco | 235 |
| 5.5.1. | Dos campos jurídicos sin garantías para los derechos | 236 |
| 5.5.1.1. | El campo jurídico nacional/local | 237 |
| 5.5.1.2. | El activismo socio-jurídico cosmopolita del Tabaco en la OCDE | 245 |
| 5.5.1.3. | Capitales económicos en juego: desposesión vs. reparación integral | 250 |
| 5.6. | Resistencias afrocolombianas y los derechos étnicos en el caso del Tabaco | 255 |
| 5.6.1. | Los derechos étnicos en el caso del Tabaco | 264 |
| | CONCLUSIONES | 271 |
| | BIBLIOGRAFIA | 278 |
| | A. ANEXO: Análisis de los mecanismos independientes <i>soft law</i> para la solución de conflictos de derechos humanos del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo | 292 |
| 1. | Los mecanismos del Banco Mundial | 292 |
| 1.1. | El Panel de Inspección | 292 |
| 1.2. | La oficina del Ombudsman y Asesor en materia de Observancia (CAO) | 318 |
| 1.3. | El mecanismo independiente de investigaciones del BID | 325 |

Lista de gráficas y cuadros

| | PG |
|---|-----------|
| <i>Gráfica 1. Evolución de las regulaciones sobre empresas y derechos humanos</i> | 105 |
| <i>Gráfica 2. Mecanismos institucionales de justicia global corporativa</i> | 144 |
| <i>Gráfica 3. Mapas sobre el corregimiento del Tabaco (Municipio de Hatonuevo, departamento de la Guajira)</i> | 217 |
| <i>Cuadro 1. Cartografía del pluralismo jurídico global</i> | 74 |
| <i>Cuadro 2. Tipos ideales sobre los campos jurídicos</i> | 92 |
| <i>Cuadro 3. Clase de regulaciones de las Empresas – Derechos Humano</i> | 103 |
| <i>Cuadro 4. Medidas de promoción, implementación y monitoreo del futuro tratado vinculante para las empresas transnacionales</i> | 136 |
| <i>Cuadro 5. Red de Mecanismos Independientes de Rendición de Cuentas de las IFIS</i> | 146 |
| <i>Cuadro 6. Descripción de las Directrices de la OCDE</i> | 155 |
| <i>Cuadro 7. Modelos de PCN</i> | 161 |
| <i>Cuadro 8. Tipos de violaciones de las Directrices de la OCDE cometidas por parte de empresas multinacionales entre 2001 y 2019</i> | 164 |
| <i>Cuadro 9. Eficiencia del mecanismo de control a las empresas multinacionales de la OCDE de 2001-2019</i> | 167 |
| <i>Cuadro 10. Descripción de casos ante el PNC de Colombia 2012-2019</i> | 172 |
| <i>Cuadro 11. Fase de pre-acceso</i> | 210 |
| <i>Cuadro 12. Fase del trámite</i> | 211 |
| <i>Cuadro 13. Fase de cumplimiento</i> | 211 |
| <i>Cuadro 14. Descripción de las acciones y recursos jurídicos interpuestos en desarrollo del caso del Tabaco entre 1992-2003</i> | 239 |
| <i>Cuadro 15. Violaciones a las políticas operativas del BM 1994-2018</i> | 305 |
| <i>Cuadro 16. Casos conocidos por el Panel de Inspección del BM 1994-2019</i> | 311 |
| <i>Cuadro 17. Tipología de los casos ante el Panel</i> | 314 |
| <i>Cuadro 18. Total casos ante la CAO de 2000 - 2018 (junio)</i> | 323 |
| <i>Cuadro 19. Resolución efectiva de casos ante la CAO de 2000 - 2018</i> | 324 |
| <i>Cuadro 20. Base de casos MICI. Tipos de casos denunciados entre 2001-2019</i> | 336 |

Lista de abreviaturas

| | |
|----------|---|
| AMI | Acuerdo Multilateral de Inversiones |
| ATCA | Alien Torts Claims Act (Ley de Reclamación de Agravios contra Extranjeros). |
| BID | Banco Interamericano de Desarrollo |
| BM | Banco Mundial |
| CAO | Oficina del Ombudsman y Asesor en materia de Observancia |
| CER | Conducta Empresarial Responsable |
| C.C. | Corte Constitucional |
| CC | Código Civil |
| CCAJAR | Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” |
| CIADI | Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias de Inversiones |
| CP | Constitución Política |
| IFIS | Instituciones Financieras Internacionales |
| ILSA | Instituto Latinoamericano para una Sociedad y Derecho Alternativos |
| MICI | Mecanismo Independiente de Consulta e Investigación del BID |
| MII | Mecanismo Independiente de Investigaciones del BID |
| ONU | Organización de Naciones Unidas |
| OIT | Organización Internacional del Trabajo |
| OCDE | Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico |
| RMIRC | Red de Mecanismos Independientes de Rendición de Cuentas |
| OMC | Organización Mundial del Comercio |
| ONGS | Organizaciones no Gubernamentales |
| OSD | Órgano de Solución de Diferencias |
| PNC | Puntos Nacionales de Contacto |
| RSC | Responsabilidad Social Corporativa |
| TBI | Tratados Bilaterales de Inversiones |
| UNCITRAL | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional |

Introducción

El derecho en la era de la globalización se ha transformado con las nuevas conflictividades derivadas del desarrollo hegemónico, y con la irrupción de un pluralismo jurídico internacional sin precedentes. Nuevos espacios corporativos se han instalado con la pretensión de resolver violaciones a los derechos humanos, al margen del derecho estatal y de las instancias multilaterales que eran, hasta hace dos décadas, los únicos centros de producción normativa y aplicación del derecho. Este pluralismo jurídico global auspiciado por organizaciones privadas o de naturaleza mixta con lo estatal, está representado por nuevos escenarios o instancias para la resolución de conflictos de derechos, cuyo funcionamiento viene transformando nociones centrales como la de derechos humanos, de justicia, de tribunal, de juez, de sentencia, de jurisdicción y competencia, etc., todos estos conceptos fundamentales en la construcción del derecho como discurso y práctica de poder en las sociedades capitalistas modernas.

Las influyentes instancias de justicia a las que me refiero¹, fragmentan la legalidad estatal e interestatal con base en la cual se dirimían con exclusividad las controversias de derechos humanos, generando continuas tensiones entre varios campos y niveles de juridicidad, a nivel nacional e internacional.

Este fenómeno particular que denomino justicia global corporativa hace referencia a (micro) sistemas de justicia creados y regentados por las instituciones de la gobernanza global, sean estas de carácter multilateral o intergubernamental (verbigracia, los bancos de desarrollo o el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC), privados (como los paneles de arbitramento internacional) o espacios de naturaleza mixta (como los Puntos Nacionales de Contacto, dispositivos creados para el cumplimiento de las directrices de la OCDE sobre empresas y derechos humanos), donde están resolviendo conflictos de derechos humanos surgidos en las dinámicas económicas de la globalización, tanto de tipo comercial como a nivel de la inversión internacional y de proyectos del desarrollo hegemónico.

¹ Entre otras, el Panel de Inspección y la Oficina del Ombudsman y Asesor en materia de Observancia (CAO, por su sigla en inglés) ambos mecanismos del Banco Mundial; el Mecanismo Independiente de Consulta e Investigación (MICI) del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y los Puntos Nacionales de Contacto (PNC) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Estas instancias, espacios o mecanismos de justicia global emergente, que tienen por lo mismo un marcado carácter privado y corporativista, no ha recibido la suficiente atención dentro de los estudios socio-jurídicos sobre el llamado “derecho global”. Este vacío relativo en la teoría justifica una reflexión sobre las transformaciones del derecho global en este aspecto, para determinar si esas emergentes instancias de resolución de controversias o de conflictos, como suele denominárseles, favorecen el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de los derechos humanos por causa de las fuerzas y agentes del desarrollo hegemónico. Lo mismo, vale la pena indagar si estos nuevos espacios de resolución de conflictos instituidos por el campo jurídico emergente que llamo la “justicia global corporativa”, son eficaces a la hora de proteger la dignidad humana de las “víctimas del desarrollo”². Finalmente, es pertinente preguntarse sobre las implicaciones que tiene para un orden constitucional democrático el funcionamiento de esas instancias de la justicia global corporativa, que resuelven cada vez más casos relacionados con violaciones a los derechos humanos, desconociendo, muchas veces, las formas y estándares jurídicos establecidos para su protección por el derecho público³.

Varios asuntos interesa abordar en este trabajo de Maestría en Derecho Constitucional⁴, alrededor de las consecuencias desestructurantes que tienen las instancias de la justicia global corporativa para principios esenciales del orden constitucional, entre ellos, la protección de la dignidad humana, los derechos fundamentales y el acceso a la justicia.

² Inicialmente llamo “víctimas de desarrollo” a las personas y comunidades afectadas de manera grave en sus derechos humanos, a causa de los proyectos de inversión y de desarrollo que agentes económicos internacionales (inversionistas privados, empresas transnacionales, etc.) e instituciones de la gobernanza global (intergubernamentales, privadas y mixtas) realizan en los territorios de los afectados.

³ Me refiero al derecho público como al conjunto normativo que emana y es expresión del poder estatal o de la voluntad pública interestatal para establecer convenios que regulen aspectos relevantes de las relaciones internacionales. El derecho público impone mandatos imperativos, irrenunciables y obligatorios pues subordinan y supra-ordenan las relaciones sociales y políticas al derecho del Estado, y en consecuencia sus mandatos no se encuentran disponibles a la autonomía de la voluntad que pudiesen ejercer las partes, como ocurre en el derecho privado. Las normas del derecho público son imperativas pues tienen como fin el mantenimiento del orden público y del interés general.

⁴ Debo aclarar que este tema de investigación sobre la justicia global corporativa lo he venido desarrollando desde el año 2009 a instancias de un proyecto de investigación financiado por la Agencia de Cooperación Alemana (GTZ) al Instituto Latinoamericano para una Sociedad y Derecho Alternativos (ILSA) sobre el tema. En esta ocasión enfatizo en una línea de investigación sobre las implicaciones constitucionales y legales de la justicia global corporativa.

En primer término quisiera hacer una fundamentación del concepto de pluralismo jurídico “desde arriba” (Wolkmer: 2003; 2014) pero aplicado al contexto de la globalización económica actual, regida por la *lex mercatoria*.

Me interesa en particular sistematizar los debates teóricos sobre este concepto, para problematizar y caracterizar el nuevo campo jurídico que denomino justicia global corporativa, fenómeno que estaría subsumido en lo que varios autores han identificado como el derecho global. Los actores de la globalización hegemónica y de la gobernanza global al mismo tiempo que generan violaciones a los derechos humanos de las personas y de las comunidades donde ejecutan sus proyectos de desarrollo, también están promoviendo desde hace dos décadas soluciones de derecho blando (tipo *soft law*) a los conflictos que ocasionan y provocan esas violaciones a los derechos. Tales soluciones son problemáticas porque resultan limitadas para restituir y reparar la dignidad de las víctimas del desarrollo, y porque debilitan los mecanismos y estándares de protección de los derechos humanos aceptados en el ámbito del derecho constitucional y del derecho público internacional.

Asistimos a la estructuración del campo jurídico de la justicia global corporativa que resuelve con lógicas legales propias y diferentes a las del Estado, o a las de los tratados internacionales, conflictos de derechos humanos. Este campo jurídico ha ganado de manera expansiva cobertura e influencia para tramitar casos significativos de violaciones a los derechos humanos ocurridos dentro de las dinámicas de la globalización económica, compitiendo decididamente con los sistemas estatales y multilaterales de protección.

Para la comprensión de la justicia global corporativa mi estudio retoma los elementos básicos del enfoque de campos sociales de Pierre Bourdieu (2000a; 2000b), que permite describir la dialéctica profunda que se establece entre diferentes actores (locales, institucionales -públicos y privados-, movimientos sociales, etc.) y sus intereses y prácticas (objetivas y simbólicas) para la resolución de conflictos de derechos humanos ante las instancias de la justicia global corporativa.

El esfuerzo teórico que propongo lo complemento con una metodología comparada entre diferentes instancias de la justicia global corporativa, en especial las desarrolladas por el Banco Mundial, por el Banco Interamericano de Desarrollo y por la Organización para la

Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Realizo un estudio integrado de estos mecanismos o instancias jurídicas de la gobernanza y del pluralismo global, para lograr dar cuenta de las similitudes en su funcionamiento y de sus niveles de eficiencia a la hora de resolver conflictos de derechos humanos de las víctimas del desarrollo. Para estos efectos, planteo el análisis a partir de estos interrogantes básicos: ¿qué origen, trayectoria y naturaleza tiene el mecanismo?, ¿cuáles son sus fundamentos legales?, ¿quiénes activan y cómo se activa el mecanismo?, ¿qué procedimientos usa?, ¿qué tipo de conflictos conoce? y ¿qué nivel de eficiencia tienen sus resoluciones para la protección de los derechos humanos?. Debido a las limitaciones de extensión de este trabajo de Maestría, sólo presentaré el análisis completo del mecanismo de los Puntos Nacionales de Contacto de la OCDE, que interesa observar en detalle porque a través de él se tramitó el conflicto del Corregimiento de El Tabaco, estudio de caso a través del cual examino las lógicas y prácticas de la justicia global corporativa. El análisis de los otros mecanismos los presentaré en el anexo..

En tercer lugar, este trabajo aborda un el estudio de caso del desalojo forzoso de su territorio ancestral de la comunidad afrodescendiente del Corregimiento El Tabaco (municipio de Hatonuevo, departamento de la Guajira), ocasionado por la expansión del mega-proyecto minero El Cerrejón explotado por poderosas empresas multinacionales, para ilustrar en concreto las racionalidades y prácticas que determinan a la justicia global corporativa. Este estudio de caso refleja no sólo la naturaleza socio-jurídica de los conflictos que desencadena el actual período de acumulación por despojo del capitalismo global (Harvey: 2006), sino que permite observar cómo funciona en concreto una de las instancias de la justicia global corporativa, como es el mecanismo de los Puntos Nacionales de Contacto a través de los cuales se controla el cumplimiento de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales en materia de cumplimiento de Derechos Humanos.

Un cuarto aspecto que propone reflexionar esta tesis, es la categoría de “víctimas del desarrollo”. Propongo esta categoría socio-jurídica ante la ausencia de doctrinas y de instrumentos normativos internacionales que reconozcan de manera directa a las víctimas que provocan las inversiones y los proyectos de desarrollo, principalmente en los países del Sur Global, y que las puedan proteger de los crímenes económicos y ambientales cometidos por las decisiones y operaciones de empresas, inversionistas e instituciones de la gobernanza global.

Son las víctimas del desarrollo las que con más intensidad están activando los diferentes mecanismos de la justicia global corporativa, para denunciar los daños a sus derechos y tramitar las reparaciones que consideran justas. El estudio de caso del desalojo del Corregimiento del Tabaco en la Guajira permite revisar cómo se dan las luchas por el acceso a la justicia de las víctimas del desarrollo ante esas instancias de la justicia global corporativa. La falta de acceso a la administración de justicia en el plano nacional, ha estimulado un activismo socio-jurídico cosmopolita que ha puesto a las víctimas del desarrollo ante diversas instancias de esa justicia *soft law* buscando en ellas la protección de sus derechos y el resarcimiento de los daños que soportan, pero, con resultados bastante inciertos.

Para lograr dar cuenta del problema de investigación planteado alrededor de cómo se está dando el acceso a la justicia global corporativa de las víctimas del desarrollo, el presente trabajo se construye con base en tres hipótesis:

a) El pluralismo jurídico global estructura un campo jurídico coherente con el modelo de acumulación por desposesión para regular de manera fragmentada y flexible los nuevos conflictos sociales del desarrollo económico, con base en emergentes instancias jurídicas de tipo corporativo que actúan al margen y en detrimento de las formas regulativas del derecho internacional de los derechos humanos.

b) La globalización hegemónica ha multiplicado a las víctimas del desarrollo que al enfrentarse a poderes transnacionales que desbordan los márgenes de los aparatos de justicia estatal e interestatal, son compelidas a dirimir los conflictos que las afectan en sus derechos, ante instancias de la justicia global corporativa, de tipo *soft law*, cuyo acceso y respuestas son puramente simbólicos al carecer de potencialidad para proteger a los derechos humanos y para reparar o restituir la dignidad de las víctimas, conforme a los estándares nacionales e internacionales aceptados.

c) El activismo socio-jurídico cosmopolita de las víctimas del desarrollo tiene sólo efectos simbólicos y políticos cuando acude a las instancias de la justicia global corporativa de tipo *soft law*. Por lo cual concluiré que resulta más eficaz dirigir la acción colectiva hacia las posibilidades de protección jurídica de los derechos humanos (en el plano interno e

internacional), pensando la estrategia jurídica en el marco de una lucha social emancipatoria más amplia desde lo local, que no sea fácilmente cooptada y debilitada por los disciplinamientos que imponen los poderes hegemónicos. El debate en el plano internacional sobre la responsabilidad jurídica de las corporaciones es incierto pues sigue transitando por las vías del *soft law*, mientras que avanza con muchas tensiones el proceso que pretende la creación de un tratado vinculante para juzgar a los crímenes de las empresas.

El documento se estructura de acuerdo con el siguiente orden expositivo: El primer capítulo desarrolla un estado del arte de las discusiones teóricas sobre el derecho global y el pluralismo jurídico desde arriba, y de la categoría de víctimas del desarrollo que es estructurante de este trabajo. El segundo capítulo teorizará sobre las características del campo jurídico emergente de la justicia global corporativa y sus tensiones para resolver los conflictos de derechos humanos derivados de la globalización hegemónica. El tercer capítulo se dedica a explorar la responsabilidad y regulación constitucional, civil y penal de las personas jurídicas en Colombia, para ver qué posibilidades de protección de los derechos humanos hay a nivel interno frente a los crímenes corporativos. El cuarto capítulo indagará por el activismo socio-jurídico cosmopolita de las víctimas del desarrollo para su acceso a los espacios y mecanismos de la justicia global corporativa. Y el quinto capítulo abordará un análisis socio-jurídico del caso sobre el desalojo forzoso de la comunidad afrodescendiente del corregimiento del Tabaco (municipio de Hatonuevo, Guajira), que ayuda a ilustrar los planteamientos de los capítulos precedentes. Finalmente se presentarán unas conclusiones en relación con la justicia global corporativa.

Capítulo 1

Discusiones teóricas sobre el derecho global y sobre las víctimas del desarrollo

La exploración bibliográfica en torno a las transformaciones del campo del derecho en la globalización y sobre los mecanismos de tramitación de conflictos a los que están acudiendo las víctimas del desarrollo, la he estructurado en tres ejes: (i) estudios sobre debates en torno al derecho global; (ii) estudios acerca de las víctimas del desarrollo y (iii) estudios sobre el acceso a la justicia global de las víctimas del desarrollo.

1.1. ESTUDIOS Y DEBATES REFERENTES AL DERECHO GLOBAL

El derecho estatal y el derecho multilateral típicos están siendo remplazados o complementados en muchos ámbitos por diferentes expresiones de un derecho global emergente, ligado a la denominada nueva *lex mercatoria*⁵. Para algunos intérpretes quizá la mayor transformación del derecho en este momento histórico es su funcionamiento por medio de redes jurídicas, articuladas a centros de poder de la globalización económica

⁵ Con la apertura comercial dada desde la década de los setenta, la nueva *lex mercatoria* se ha entendido como la producción autónoma de regulaciones del derecho comercial y del derecho de las inversiones por parte de centros privados, intergubernamentales o mixtos, lo que ha dado lugar con el tiempo a la unificación e impulso de un conjunto de reglas, cláusulas de interpretación contractual, jurisprudencia y modos de tramitar conflictos en los procesos del comercio internacional, cuyos más importantes actores son las empresas multinacionales.

Destacan dentro de este cuerpo *iuris* varias iniciativas para la recopilación de usos y costumbres del comercio internacional: 1) la del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado de Roma (Unidroit, por su sigla en inglés), que elaboró en 1994 los conocidos “Principios de los contratos comerciales internacionales”; 2) las Reglas Internacionales para la Interpretación de los Términos Comerciales (Incoterms) de la Cámara de Comercio Internacional; 3) los trabajos y recomendaciones de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral), en la que participan el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial; 4) las negociaciones multilaterales, los acuerdos y decisiones que conforman a la Organización Mundial del Comercio (OMC), y el conjunto de políticas y directrices para el crecimiento económico de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), entre otros centros de poder regulativo de la gobernanza global (Hernández Cervantes: 2014).

La *lex mercatoria* se define como un cuerpo *iuris* de mecanismos de regulación autónoma que van creando un derecho de tipo espontáneo, cuya base es el principio de autonomía de la voluntad, y la flexibilidad en los intercambios comerciales e inversiones a escala internacional. Se trata de un derecho de fuente global que surge en los centros de poder de la gobernanza mundial y a la sombra de los derechos estatales, por lo que se dice que es “a-nacional”, pues se crea sin la intervención del poder legislativo de los Estados que sólo intervienen para su adopción interna. Tiene un efecto unificador de las relaciones comerciales, de sus formas de interpretación y de los procedimientos para superar conflictos que surgen del tránsito comercial (Hernández Cervantes: 2014, 138).

(Faria: 2001; López Ayllón: 2004; Hernández Cervantes: 2014). Estas redes propias de una gobernanza global (Rodríguez Garavito: 2018; Albareda: 2009) integran instituciones estatales, organizaciones internacionales públicas y privadas, instancias de decisión internacionales públicas y privadas (o mixtas) y a empresas transnacionales⁶, que se suministran unas a otras el material jurídico con el que trabajan: normas jurídicas, principios, directrices, políticas públicas y privadas, jurisprudencia, guías de resolución de conflictos, modelos de leyes y contratos homologantes, etc. (Hernández Cervantes: 2014, 154). Dentro de este amplio espectro de material jurídico del derecho global en red, la prioridad de esta investigación es centrarse en el análisis de los mecanismos de resolución de conflictos.

Las expresiones más acabadas de este derecho global de naturaleza corporativa, en lo que tiene que ver con la resolución de conflictos, son dos: a) en las principales instituciones de la gobernanza neoliberal, el funcionamiento de “microsistemas de justicia” (o de rendición de cuentas) tipo *soft law* que vienen dirimiendo cada vez más los actuales conflictos de derechos humanos ocasionados por el modelo hegemónico de desarrollo (Clark, et al.: 2003; Del Toro: 2006; Lacuisse: 2018) y b) en los tratados de libre comercio, se revela en la inclusión en todos ellos de dispositivo u órgano de solución de controversias por vía arbitral (Teitelbaum: 2005; Tole: 2014).

Si bien se utiliza la expresión “derecho global” para designar una unidad coherente y diferenciada en el campo del derecho internacional, es necesario decir que no existe un acuerdo en la doctrina internacional sobre esa noción, que para algunos no es fácilmente verificable. Por un lado hay una línea de investigación muy definida que constata el surgimiento de un derecho global (Trachman: 1996; De Sousa Santos: 1998, 2002; Faria: 2001; Lowenfeld: 2003; Teitelbaum: 2005; Kingsbury y otros: 2005; Belloso y otros: 2008; Sassen: 2010a, 2010b; Teubner: 2010; Palacio: 2011; Rodríguez Garavito: 2011;

⁶ En adelante utilizare como sinónimos de la noción de empresas multinacionales, las expresiones de sociedades o corporaciones transnacionales. Con tales expresiones se define a la persona jurídica u organización empresarial que posee total o parcialmente el control y la gestión de bienes que generan renta en más de un país. Esta empresa controla la producción, la distribución y los servicios de tales bienes fuera del país en una estructura en “red” que se integra a través de socios o empresas filiales, contratistas o subcontratistas. Las líneas directrices para empresas multinacionales de la OCDE definen a las empresas multinacionales como entidades económicas (sociedades matrices o entidades locales) establecidas en más de un país que pueden coordinar sus actividades de diversas formas y en grados variables de coordinación; pueden ser de capital privado, público o mixto (OCDE: 2013).

Hernández Cervantes: 2014; Auby: 2012, entre otros). Contrariamente hay posiciones que dudan de la existencia de un derecho global determinado, por lo cual prefieren hablar de un derecho internacional contemporáneo que se adapta y extiende su objeto a la regulación de nuevos fenómenos presionados por la globalización económica (López: 2014; López Ayllón: 2004; Martín: 2005; Fortin: 2008; Zapatero: 2007, 2008).

Es posible decir, preliminarmente, que hay en la teoría jurídica actual un debate abierto alrededor del concepto de derecho global (Guichot: 2012) que se expresa en dos corrientes: una defiende la existencia de un derecho global emergente, consecuencia de una acelerada fragmentación o “feudalización” del derecho internacional (Teitelbaum: 2005; Sassen: 2010a; Teubner: 2010; Hernández Cervantes: 2014; De Sousa Santos: 1998), cuya manifestación más notable es la privatización de parte de la producción de normas jurídicas relativas a diferentes temas del comercio, las inversiones, las finanzas y la resolución de controversias, que ha estructurado a su vez nuevas jurisdicciones y culturas legales al margen del derecho público estatal e interestatal.

La otra entiende que con los fenómenos asociados a la globalización económica, el campo del derecho internacional público se ha transformado, pero fundamentalmente se ha adaptado a las circunstancias y conflictividades nacidas de nuevos sujetos de derecho y actores socioeconómicos transnacionales, cuyas interacciones desbordan las fronteras y soberanías estatales, incluyendo las jurisdicciones de derecho público interno e internacional; tal adaptación implica resolver cómo se coordinan regímenes jurídicos de diferente naturaleza (pública y privada) que compiten por la producción y la aplicación de normas, y por la eficacia de determinados derechos (Zapatero, 2007; 2008;). En una perspectiva más conservadora, Shapiro (1993) ha planteado que es el derecho internacional es el que sigue existiendo, y no un derecho global.

Se debe entender que las relaciones determinadas por la globalización económica han llevado a una transformación estructural del derecho, cuya producción y aplicación se hace más allá del paradigma Estado-céntrico⁷ (Rodríguez Garavito: 2018). En el momento histórico presente, existen múltiples centros de poder (privados, públicos o mixtos) con

⁷ Aclarando que si bien el Estado no detenta el monopolio de la producción jurídica y se ha provocado una desnacionalización de las regulaciones mercantiles, sigue siendo la institucionalidad estatal el nodo o el anclaje que permite la adopción interna de las regulaciones de los centros de la gobernanza global (Sassen, 2010b).

capacidad de elaborar sistemas regulatorios y de decisión de controversias que han originado, en consecuencia, un complejo campo de pluralismo jurídico global (Sassen, 2010a-b; Teubner, 2010; Hernández Cervantes, 2014; Burgos, 2011), frente a cuyos espacios el derecho público de base interestatal ha tenido que coexistir: validándolos, negociando con ellos, coordinando o cediendo importantes cuotas de su poder (Zapatero: 2007; 2008).

1.1.1. Posición sobre la emergencia de un derecho global

Buena parte de los estudios socio-jurídicos que se refieren al derecho en la globalización, advierten que ha surgido un pluralismo legal y jurídico que se revela como un fenómeno novedoso e inédito. Este fenómeno se refleja tanto en cambios drásticos en el derecho estatal-administrativo como en el surgimiento de regímenes jurídicos globales privados o semi-públicos que estructuran nuevos campos de juridicidad, paralelos y en disputa con el monismo del derecho estatal y del derecho público multilateral. Comentaré brevemente algunas de las tesis puestas en el debate.

Gunther Teubner (2010) desde una visión policéntrica y multidimensional de la globalización, que trasciende lo económico, plantea que el derecho ha jugado un papel autónomo y decisivo para el impulso de la globalización, lo que ha generado problemas relevantes como el del descentramiento de los procesos de creación de las normas jurídicas. La producción normativa desplegada por los regímenes globales privados al margen del Estado moderno, cuestiona el paradigma del monismo jurídico, lo que obliga a repensar los conflictos jurídicos más allá de las formas tradicionales Estado-céntricas.

En esta misma dirección se mueve la reflexión acerca de la existencia de un derecho constitucional global (Teubner: 2005), que suple la falta de efectividad del derecho de los Estados para resolver problemas sobre límites de la autoridad y sobre los derechos. Lo que constata lo anterior es la insurgencia de órdenes normativos transnacionales privados en donde se están resolviendo esos conflictos. Lo que ocurre hoy es un pluralismo de subsistemas socio-jurídicos que se desarrollan con independencia de los Estados y regulan áreas específicas de la globalización. Esto supone la vigencia de una suerte de principio ordenador de “autonomía sin exclusividad”, según el cual la actuación de cada uno de esos espacios o agentes, a pesar de tener relaciones variables con los demás, se efectúa sin

subordinación entre ellos ni pretensiones de hegemonía de sus discursos jurídicos sobre otros. Conforme a lo expuesto, son rasgos distintivos del pluralismo constitucional global los siguientes: (i) existe una sociedad global fragmentada, heterogénea, des-jerarquizada y sin capacidad de acción colectiva unitaria, por lo cual sólo puede ser constitucionalizada en ámbitos sociales sectoriales; (ii) el derecho global no existe como unidad sino se manifiesta en la presencia de múltiples sistemas jurídicos nacionales, internacionales y sectoriales, cada uno de ellos productor de constituciones separadas; y (iii) no cabe esperar la integración de ese mosaico de constituciones parciales en una constitucional política de conjunto, sino a lo sumo aspirar a coordinaciones formales entre ellas.

Desde otro terreno, un grupo de investigadores de la Universidad de New York han propuesto la tesis del surgimiento de un derecho global administrativo (Kingsbury, *et al*: 2005). Ellos han estudiado diferentes niveles y campos de dispersión, incoherencia y discontinuidad en la regulación administrativa jurídica, tanto en el terreno de lo nacional (por los Estados) como en el terreno de lo internacional (por las organizaciones internacionales como la ONU, la OEA, etc.), en materias como la seguridad, las condiciones del desarrollo y la asistencia financiera a los países en desarrollo, la protección ambiental, la regulación bancaria y financiera, el comercio de productos y servicios, la propiedad intelectual, los estándares laborales, etc. Han verificado la organización de varios campos y foros de regulación sobre estas materias, en los que participan diferentes sujetos del derecho internacional, que usan y combinan en diferente grado elementos del derecho público y del derecho privado. Se destacan redes y comités intergubernamentales, otros privados -y a veces mixtos- que adoptan marcos normativos en materia económica de gran eficacia, destacando entre otros a la OCDE, a los grupos del G-7/G-8 y a la regulación financiera desarrollada por el Comité de Basilea o por el Grupo de Acción Financiera Internacional.

Para la socióloga Saskia Sassen (2010 a-b) el pluralismo jurídico al que hacen referencia muchos estudios, ha profundizado el fenómeno de la desnacionalización de las políticas estatales y de la privatización de la producción de normas, siendo esto un claro indicador de la emergencia de un derecho global. La nueva geografía del poder global está produciendo una reconfiguración de la soberanía y de la autoridad del Estado y de las funciones que tradicionalmente ejercía (la desnacionalización), entre ellas, la de la creación de las normas jurídicas que ahora son un campo dominado también por regímenes globales privados. Esta producción privada de las normas constituye “derecho”, es decir, configura

sistemas ordenados alrededor de una racionalidad formal (en sentido weberiano), capaz de regular la vida en sociedad, en el marco de la transformación de ciertos componentes del Estado. Aunque la soberanía y el territorio continúan siendo rasgos distintivos de los órdenes estatales, estos conceptos han sido reconstituidos y parcialmente desplazados hacia otros espacios por fuera del Estado y fuera del marco del territorio nacionalizado.

Una tendencia importante de los años noventa, advierte Sassen, fue la desnacionalización de lo normativo que corrió paralela con la institucionalización de los derechos de las empresas privadas, la desregulación de las transacciones internacionales y la creciente influencia de algunas organizaciones supranacionales, lo que en conjunto configuró una nueva geografía de poder en la que también el campo jurídico fue reestructurado. Algunos centros de poder creador del derecho se han privatizado, las normas promulgadas allí no sólo afectan a quienes deciden voluntariamente someterse a ellas sino tienen efectos generales sobre ciertas materias y poblaciones. Esas normas privadas se emplazan en la esfera pública y, por lo mismo, provocan consecuencias para todos los miembros de la comunidad política. Pero la privatización del derecho se instala también dentro de las funciones del mismo Estado, en la medida en que ciertas instituciones públicas se transformaron en simples instrumentos para la protección y desarrollo del capital y de los mercados globales, restándole de paso legitimidad a muchas democracias liberales.

Sassen (2010b) señala que los cambios que experimenta el derecho estatal hoy, comienzan en la segunda post-guerra cuando se construyó un orden nacional-estatal con capacidades de las economías y estructuras nacionales para el intercambio con actores globales de la esfera privada, en concreto con las empresas estadounidenses. Tal fue el cometido del sistema de Bretton Woods que apuntaba a la construcción de un proyecto dirigido a gobernar el sistema internacional para proteger los intereses nacionales de Estados Unidos (p. 224).

Estados Unidos marca un punto de inflexión al adoptar una serie de innovaciones institucionales en la coyuntura económica de los años ochenta del siglo pasado, que abren las compuertas a la llamada globalización. El antecedente de tales cambios se encuentra en la crisis del petróleo acaecida en la década del setenta, que reactivó la hegemonía de los Estados Unidos tras haber perdido, en términos materiales y simbólicos, poderío militar y económico con la recuperación de Europa después de la segunda guerra mundial. El

comienzo de la era global no se encuentra exactamente en el apogeo de los bancos transnacionales con el reciclaje de los “petrodólares”, sino en la crisis subsiguiente conocida como el “boom de la deuda del Tercer Mundo” a mediados de los años ochenta.

La evacuación parcial del sistema bancario de los mercados de capitales estadounidenses, condujo a la quiebra de la regla internacional de Bretton Woods de convertibilidad del patrón oro a dólares. Con ello se eliminan los controles sobre el tipo de cambio, liberado a partir de ahí a las dinámicas propias del mercado de capitales.

Este proceso dejó abierto un nuevo espacio para otro tipo de actores y para el reordenamiento de las relaciones entre el Estado y el sector financiero. La financiarización se expande como nueva lógica organizadora de la economía; los mercados financieros y las sociedades financieras se autonomizan, funcionando con regímenes de mayor flexibilidad y menos regulaciones que las de los bancos. En este contexto, el Fondo Monetario Internacional (FMI) controlado por Estados Unidos, empieza a cumplir un papel fundamental para la adaptación de la economía nacional e internacional a la financiarización y a la apertura de mercados, incubando el proyecto neoliberal, previamente cristalizado en las políticas internas del país del norte.

El punto de inflexión provocado por Estados Unidos con este modelo, operó sobre la base de profundas redistribuciones de poder dentro del Estado de este país. Ocurre un desplazamiento del poder del legislativo al ejecutivo, por ejemplo, a través de las comisiones especializadas de regulación, que actúan con cierta autonomía en función de la apertura de los mercados. La desregulación no opera a través de leyes del Congreso sino por la competencia de entidades gubernamentales de Estados Unidos, y en otros países, para atender a las necesidades de los mercados. En este ensamblaje, el papel del poder judicial cambia para dirimir cuestiones atinentes a conflictos sobre eficacia del mercado, cuando antes se dedicaba a cuidar el principio del bien público.

Así formas de autoridad pública empiezan a insertarse y a constituirse en la esfera privada de los mercados. Se disuelve la vieja separación entre la esfera pública y la esfera privada. Hechos palpables de ese desplazamiento de lo estatal a lo privado son las comisiones de regulación, los contratos de concesiones o la privatización de las cárceles (y otros servicios

públicos). La expansión de la actividad privada copando espacios públicos se legitima en sus supuestas neutralidad política y superioridad técnica.

Al lado de esta tendencia de fusionarse lo público en lo privado, se preservan muchas capacidades de una y otra esfera, lo que le permite a Sassen defender su tesis del carácter parcial de la globalización. La capacidad administrativa del Estado continúa siendo esencial aún para la reconfiguración entre lo público y lo privado.

Sassen anota que se han establecido dos modalidades de privatización de la autoridad pública. Una de ellas es la circulación de normas y objetivos privados en el dominio del Estado-nacional, presentándose como intereses públicos. La segunda es el desplazamiento de las funciones públicas de regulación hacia el sector privado, donde aparecen como servicios empresariales especializados (contables, jurídicos, técnicos, etc.). En el ámbito jurídico se destaca el auge del arbitraje comercial que refleja el resurgimiento de la *lex mercatoria* medieval, es decir, el regreso del derecho mercantil internacional independiente de los derechos nacionales. La resolución de los conflictos comerciales internacionales ha sido des-localizada y descentralizada, y ha quedado en manos de un grupo de instituciones y actores político-jurídicos que con mayor o menor grado de poder, compiten o se complementan.

Reconoce Saskia Sassen dos variables en la dialéctica normativa público-privada. Existen normas que se originan en la esfera privada que se aplican por el gobierno, y otras normas estatales aplicadas por actores privados sin sanción gubernamental. Estos desplazamientos son tanto de autoridad como de producción de normas, en un contexto en el cual, mientras el mercado cada vez más se transnacionaliza, la comunidad de Estados es cada vez menos activa en el derecho internacional.

La proliferación de regímenes privados indicaría que el mercado requiere en la actualidad mayor regulación y ésta no la hacen los Estados. La participación privada en la creación de normas e instituciones supranacionales e intergubernamentales que se estiman necesarias para la gobernanza de la economía global, se revisten falsamente de interés público, pues el sector privado nunca ha operado de manera consensual y neutral como lo postula el liberalismo.

La perspectiva de ofrecida por Sassen permite entender los conflictos de la globalización y la manera como el fenómeno jurídico se articula y se adapta a los anclajes económicos que se dan al interior del Estado, entre los Estados y por fuera de los Estados, o sea, en el terreno de los actores privados. Estas consideraciones son muy necesarias para interpretar los nuevos campos de juridicidad privada donde se están resolviendo conflictos relativos a los derechos humanos.

Boaventura De Sousa Santos (1998; 2009) ya había indicado que el derecho como forma social de dominación, no permanece ajeno a las reorganizaciones socioeconómicas de la globalización. La transnacionalización del capital y la expansión e intensificación de las prácticas e interacciones internacionales han cambiado las bases del derecho moderno. La transnacionalización del campo jurídico se refleja en una “diasporización” de los “ecúmenes” legales nacionales, minados en sus fronteras por las políticas desreguladoras de los años setenta y ochenta del siglo anterior, junto con la crisis del Estado de bienestar en los países centrales.

Simultáneamente ocurre una “ecumenización” del campo jurídico internacional, manifestada en la irrupción de múltiples formas de transnacionalización jurídica que se manifiesta en una constelación de legalidades (e ilegalidades) diversas, que operan en espacios y tiempos locales, nacionales y transnacionales y le asignan nuevas funciones al derecho, bien como un potencial regulatorio o incluso represivo, o bien como un potencial emancipatorio; ambas opciones mediatizadas por la correlación política entre las fuerzas sociales en competencia.

El sociólogo portugués distingue siete tipos de transnacionalización jurídica imbricadas: el derecho estatal transnacionalizado, el derecho de la integración regional, la *lex mercatoria*, el derecho de la gente en movimiento, el derecho infra-estatal transnacionalizado, el derecho cosmopolita y el *jus humanitatis*.

Un elemento que dinamiza la globalización del derecho es una nueva epistemología cosmopolita de los derechos humanos, que pasa por una nueva teoría de la ciudadanía y por una reconstrucción intercultural que denomina como hermenéutica diatópica, centrada en una ciudadanía desterritorializada (cosmopolita) e igualitaria que se encarna en los crecientes movimientos sociales transnacionales que exigen derechos.

De Sousa Santos aporta una visión amplia de los efectos de la globalización en el campo jurídico en la cual se distinguen las prácticas que sirven a la dominación y las que están del lado de las causas emancipatorias. Dicho en otras palabras, la globalización del derecho debe entenderse desde “arriba” y “desde abajo”, expresa al mismo tiempo los anclajes legales de los Estados con los actores hegemónicos del neoliberalismo, y los cambios jalonados las luchas de los actores subalternos dentro de los campos jurídicos.

Las luchas emergentes de las diversidades sociales y culturales plantean la reconstrucción teórica del Estado y de la democracia, y por esa vía del derecho. La globalización desde abajo y contra-hegemónica encarnada en los movimientos sociales ha planeado de un lado, la reinención solidaria y participativa del Estado que lo libera del minimalismo neoliberal, y lo concibe como un novísimo movimiento social en sí mismo. Y de otro lado, esa sociología de las emergencias pugna por la reconstrucción multicultural de la igualdad, en la doble dinámica del reconocimiento y la redistribución, tarea sólo factible en el marco de una democracia de alta intensidad que combata el “fascismo social”, categoría que alude a aquellas sociedades formalmente democráticas pero en las que se toleran todo tipo de injusticias (De Sousa Santos: 2003).

La pérdida de legitimidad de las democracias y del poder regulador de los Estados para hacer prevalecer el interés general y el bienestar común, es la que hace necesario revisar los “derechos privados” y corporativos que se discuten en las nuevas instancias del derecho global. Esas formas de regulación privatizadas funcionan con lógicas esencialmente diferentes a los fines que persigue el derecho público, que incluye a los derechos humanos. Algunos doctrinantes han planteado los problemas de estructura, jerarquía normativa y competencia entre las pirámides paralelas de los derechos humanos y del derecho global de las inversiones y del libre comercio, para identificar caminos de solución a los problemas de colisión (en los ámbitos nacional e internacional) entre esos regímenes normativos (Zapatero: 2008). Es débil la verosimilitud sobre una prevalencia de los derechos humanos en conflictos donde está involucrada la responsabilidad de agentes privados, corporativos e inversionistas.

1.1.2. Posición sobre las adaptaciones del derecho internacional en la globalización

A diferencia de los autores/as analizados anteriormente, existe en el debate académico una posición que no reconoce propiamente la irrupción de un campo jurídico de carácter global, sino mantiene la convicción que el derecho internacional simplemente se adapta a las exigencias de la globalización y permanece como unidad fundamental.

Esta opinión es sostenida por el *ius* internacionalista Juan Martín Arribas (2005). El derecho internacional (DI) surgió como un derecho desde y para los Estados. En el contexto de la segunda postguerra se consolidó como derecho interestatal, heterogéneo, democrático e institucionalizado. Con la post-guerra fría se instauró un nuevo orden mundial que provoca transformaciones en el derecho internacional público, obligándolo a adaptarse a los desafíos de la globalización. La cuestión está en saber si esos cambios experimentados son una simple adaptación del derecho internacional clásico, o son de tal naturaleza que se contraponen a él, adquiriendo una identidad propia (derecho global).

Los cambios suscitados por la globalización en diferentes planos afectan en general a los sujetos de derecho, que antes eran exclusivamente los Estados y ahora éstos son uno más en el polimorfismo de la subjetividad internacional. Afectan a la comunidad internacional que ha surgido también como subjetividad jurídica, para atender nuevos temas del derecho. También afectan a los Estados que proliferan pero al mismo tiempo se debilitan en elementos tan esenciales como sus fronteras y en su soberanía, delegada ahora en proporciones importantes entre diversos organismos internacionales con facultad regulativa respecto a temas diversos.

Simultáneamente se han multiplicado organizaciones internacionales públicas y no gubernamentales que permiten hablar de una sociedad civil internacional, representada por ONGS, movimientos sociales, organizaciones de víctimas y por sociedades o empresas multinacionales, entre otros. Toda esta insurgencia de nuevos actores ha estimulado la productividad de normas desde diferentes fuentes a las previstas en el derecho internacional, más allá de las consideradas en la clasificación recogida en el artículo 38 del estatuto del Tribunal Internacional de Justicia. Las nuevas fuentes de producción normativa han causado una jerarquización diversa, imperfecta y contradictoria entre los diferentes

regímenes jurídicos, incluidos los que provienen del *soft law*⁸. En este contexto ocurre una evolución del derecho internacional por adaptación, que ha ampliado sus funciones sin desatender las que ya venía desempeñando. Aunque estas transformaciones son rápidas no han logrado poner en jaque la unidad del derecho internacional, éste sólo adopta una forma más compleja, en la cual ha dejado de ser público estrictamente.

Sergio López Ayllón (2004) ha explorado por su parte los efectos de la globalización en los poderes judiciales de Iberoamérica. El jurista español constata que el vínculo trazado en la teoría moderna entre el derecho y el Estado se ha debilitado. Como consecuencia de la globalización se han creado espacios normativos privados que atraviesan a los Estados nacionales, y obligan a modificar el paradigma territorial y piramidal con el que se conceptualizaba al derecho, pasando a utilizar un modelo más complejo como el de las redes globales. La globalización acentuó una multiplicidad de coordenadas temporales-espaciales donde se desenvuelven procesos sociales por fuera de los Estados. Si bien muchas de estas acciones acontecen dentro del ámbito estatal y, por ello, están sujetas a su ámbito normativo propio, otras escapan a ese ámbito de validez. Quizá sea más importante hacer notar ahora que los ámbitos de validez regulatoria coexisten, generando una compleja interacción entre lo local y lo global, con diferentes niveles de inserción de los Estados y de las sociedades.

Estas dinámicas suponen el tránsito hacia un nuevo paradigma: de la pirámide jurídica a la red. La generación de espacios normativos horizontales puede sugerir, en una primera aproximación, porque nos acercamos a la unificación del derecho en todo el mundo. Algunos investigadores identifican tal tendencia con una “americanización” del derecho (Teitelbaum: 2005). Así la globalización del derecho es impulsada no sólo por las necesidades de la economía global, sino también por la desigual distribución del poder entre los Estados.

⁸ La expresión *soft law* alude a los mecanismos o sistemas de derecho blando o flexible que no son constituidos sobre la base de normas y obligaciones jurídicas propiamente dichas, sino a partir de reglas, principios o directrices que tienen carácter voluntario y no se encuentran respaldadas por el poder coercitivo del Estado. Se diferencia del llamado *hard law* o derecho duro o convencional, atribuible al poder de los Estados como leyes, tratados, convenios, etc. Por lo mismo, describe este fenómeno en conjunto, un orden de normatividad relativa, sin fuerza vinculante aunque con relevancia jurídica en el derecho internacional (Del Toro: 2006, 519).

La tendencia hacia una cierta uniformidad de las instituciones jurídicas convive con la constante multiplicación de órdenes normativos y culturas jurídicas. Esta multiplicación se debe a numerosos factores, entre otros los siguientes:

-Las culturas jurídicas siempre tienen una dimensión histórica, por lo que la introducción del derecho "global", incluso mediante la sustitución parcial del orden jurídico nacional, no implica la desaparición completa de la cultura jurídica anterior, sino que requiere necesariamente de adaptaciones a las circunstancias locales. .

-El surgimiento o reconocimiento de órdenes jurídicos autónomos dentro y fuera de las fronteras nacionales; ejemplo de lo primero son los derechos indígenas, y de lo segundo, la llamada *lex mercatoria*, normalmente con sus propias autoridades y jurisdicciones; sin embargo, la autonomía es relativa, en cuanto no puede dejar de plantearse su relación (incluso de dependencia) con el orden jurídico estatal.

-El surgimiento de nuevas instituciones internacionales, junto con la constelación de organismos gubernamentales y no gubernamentales, tribunales, comités, etcétera, que contribuyen, mediante la emisión de tratados, sentencias, recomendaciones y opiniones a complejizar el panorama jurídico mundial. Aunque están atados formalmente a las decisiones de los Estados soberanos que les dan vida, muchos de estos organismos se desenvuelven dentro de una dinámica propia.

-La globalización del derecho podría significar no la unificación del derecho, sino la creación de espacios relativamente autónomos que atraviesan las fronteras de los Estados nacionales y que, al entrar en contacto con los ámbitos espaciales propios de los Estados, generan una evolución del conjunto de los sistemas jurídicos. Entre estos diferentes sistemas se produce un efecto de comunicación, porque existe una especie de común denominador que toca con el sustrato implícito del derecho estatal (López Ayllón: 1997). Ha surgido así una concepción del derecho en forma de red. Las relaciones entre sistemas jurídicos son en la actualidad más horizontales. De este modo, la frontera entre lo interno y lo externo, que alguna vez pareció nítida, se hace cada vez más difusa.

Aunque los Estados permanecen en el centro del sistema jurídico, pues son los poderes públicos los responsables de reconocer y aplicar las reglas jurídicas internacionales, el

principio de territorialidad, construido en la concepción jurídica que identificaba al derecho y al Estado, es insuficiente hoy para explicar la complejidad de las relaciones jurídicas en el mundo. Los espacios jurídicos globalizados conforman redes horizontales específicas, por ejemplo: a) los mercados (interconectan a la OMC y a tratados de libre comercio); b) la inversión (al CIADI y a espacios del arbitramento internacional privado); c) los contratos (diferentes regulaciones de la *lex mercatoria*); y d) a nivel del sistema internacional de protección de los derechos humanos se hacen conexiones con temas del medio ambiente.

Plantea López Ayllón (2007) finalmente que los cambios en el derecho global tienen grandes implicaciones para los poderes judiciales a nivel interno. Los tribunales nacionales constituyen una de las anclas de la globalización, pues de un lado, algunas de sus decisiones tienen un alcance que las “des-localiza” y las relaciona dinámicamente con el ámbito global, y de otro, los poderes judiciales deciden en última instancia la forma y términos en los que las nuevas regulaciones de los sistemas jurídicos globales son aplicables en el orden interno.

Desde una entrada analítica diferente, el profesor César Rodríguez (2011) propone una interpretación de los problemas que suscita la globalización del derecho en el ámbito latinoamericano. Sostiene que el campo jurídico latinoamericano se caracteriza por una marcada paradoja: los discursos y las prácticas de los actores jurídicos están globalizadas, pero el pensamiento legal continúa profundamente restringido a lo local.

El pensamiento jurídico es *wetsfaliano*, es decir, “Estado-céntrico” mientras que las prácticas se centran en conflictos *post-wesfalianos* esto ocasiona, según el autor, un problema de encuadre en la cartografía jurídica. El derecho post-wesfaliano se caracteriza por una profusión de ordenes jurídicos de diversa escala (pluralismo jurídico), que constituye un complejo entramado normativo (público y privado) que trasciende el ámbito del Estado nación, conformando un caleidoscopio jurídico más que un sistema legal. Tal caleidoscopio se conforma a la vez por el clásico “derecho duro” de los Estados (leyes y tratados internacionales) y por el “derecho blando” (v.g. códigos de conducta empresariales y las recomendaciones de órganos internacionales de derechos humanos). Por lo mismo, el objeto del análisis socio-jurídico no debe ser el sistema legal del Estado nacional sino el conjunto normativo global de múltiples escalas y niveles de obligatoriedad.

Las tendencias descritas obligan una investigación socio-jurídica de las dinámicas del derecho post-wesfaliano a partir de dos estrategias: una analítica (que conlleva la observación de los sistemas normativos en la globalización diferenciando los niveles de escala y obligatoriedad), y la otra metodológica, (que abre el estudio al espacio transnacional).

La combinación de ambas estrategias implica mapear diferentes tipologías de los fenómenos y producción jurídica transnacional, más allá de los métodos del derecho internacional o del derecho comparado, cuyo punto de referencia son los Estados. Esta perspectiva puede ayudar a superar el problema epistemológico de los estudios socio-jurídicos latinoamericanos Estado-céntricos, y evitar así la inclusión subordinada de los mismos a los círculos globales de producción de ideas sobre el derecho.

En esta posición teórica que no acepta plenamente la disolución del derecho internacional sino su permanencia y adaptación, se encuentran otros estudios que analizan problemas de falta de coordinación entre los tradicionales sistemas jurídicos de naturaleza pública, con los nacientes sistemas jurídicos de naturaleza privada (derecho comercial y derecho de las inversiones). Pasaremos ahora a describir algunos debates teóricos en torno a estas articulaciones difíciles.

El académico de la Universidad Carlos III de Madrid, Pablo Zapatero (2007), sin entrar a debatir los cambios en el derecho internacional por obra de la globalización, analiza que en la actualidad existe una fuerte interdependencia y tensión entre normas provenientes de dos campos jurídicos: el de los tratados económicos y el de los tratados de derechos humanos. Estos campos estructurados sobre racionalidades diferentes, se influyen positiva y negativamente, afectando su grado de eficacia. En su opinión hay que administrar de forma racional este fenómeno, buscando niveles de coordinación entre las diversas instituciones que producen y aplican normas internacionales.

En el espacio internacional se presentan en consecuencia dos pirámides normativas en tensión: la tradicional pirámide del derecho internacional muy formalizada, y otra alternativa o no formalizada, conocida como *soft law*. Ambas pirámides compiten por dirimir problemas de derechos. La interdependencia de normas y la necesidad de resolver esas tensiones, podría lograrse aplicando el principio de primacía de los derechos humanos, que debe guiar

por lo mismo la formulación y aplicación de las políticas de las instituciones comerciales, cuyas normas y procedimientos paradójicamente se han mostrado más eficaces para asegurar ciertos derechos (los del libre comercio) y para sancionar los incumplimientos (como es el caso del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC). Avalando una visión del derecho como sistema coherente y armónico, el jurista español sostiene que existen mecanismos en el derecho internacional para resolver conflictos normativos basados en criterios de jerarquía, especialidad y tiempo, particularmente estos procedimientos se encuentran en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

La eficacia alcanzada por los dispositivos jurídicos desarrollados por el sistema multilateral del comercio y de las inversiones, se debe a que con la constitución de la OMC a mediados de los años noventa, se pasó del paradigma de la negociación política o diplomática sobre los temas de liberación de las economías, a otro basado en la hiper-regulación normativa y en la juridificación de los asuntos del comercio mundial (Zapatero: 2009). Este proceso significó el triunfo del derecho sobre la diplomacia: el paso de un derecho blando -el de la conciliación diplomática- a un derecho duro, muy efectivo, el de los acuerdos de la OMC y de su órgano de solución de diferencias.

Zapatero reconoce que algunos casos puestos en la OMC van más allá de la esfera del comercio, e involucran asuntos encargados a otras agencias del sistema multilateral, como los derechos humanos. En estas circunstancias los paneles de expertos y el órgano de apelación de la OMC deben actuar con cautela, pues no existe un foro internacional neutral que pueda conocer en segunda instancia de las decisiones que pueden afectar a otros sistemas normativos.

Defiende la idea que para el caso del sistema multilateral del comercio se debe acatar el principio de especialización de jurisdicción⁹, pues éste cuenta con una serie de excepciones e interpretaciones autorizadas para auto-regularse y ser flexible. Ante las anomalías por conflictos con otros sistemas normativos o cuestiones no reguladas adecuadamente, sólo queda el camino de la negociación en el sistema multilateral. Le falta al autor analizar las relaciones de poder asimétricas que existen tras las relaciones comerciales y que se

⁹ Desde el punto de vista del derecho procesal, el concepto de jurisdicción se relaciona con la facultad otorgada por la soberanía del Estado a un órgano de administración de la justicia para declarar el derecho (decir la norma general aplicable), aplicarlo a casos concretos y hacerlo cumplir.

evidencian, por lo regular, en el hecho que los países condenados en la OMC son regularmente periféricos. Tampoco aporta mucho su estudio para entender las articulaciones y desarticulaciones entre el derecho del comercio y los derechos humanos.

El chileno Carlos Fortin (2008) enfrenta con mayor decisión los dilemas entre el comercio internacional y los derechos humanos. Con la globalización los países desarrollados lograron juridizar al comercio internacional, siendo la OMC la máxima expresión de esta apuesta. Durante el período de la Guerra Fría el comercio fue una medida para presionar o sancionar a regímenes políticos violadores de los derechos humanos, por lo cual el problema de la relación comercio- derechos humanos no era jurídico sino político. Con la creación de la OMC irrumpen relaciones complicadas entre los intereses del sistema comercial y los fines que inspiran a los sistemas de protección de los derechos humanos, especialmente a los derechos sociales y al derecho al desarrollo.

Ha hecho carrera en el debate la tesis neoliberal que sostiene que la liberalización del comercio y el papel que cumple la OMC, son en sí mismos formas de realización de los derechos humanos (especialmente de los derechos de propiedad y libertad de contrato). Esta posición esgrimida por Petersman ha sido convenientemente refutada por Alston desde la teoría de los derechos sociales y del derecho al desarrollo, explica Fortin que Alston ha hecho notar que en los conflictos de comercio y derechos humanos debe considerarse que las normas de derechos humanos son perentorias (*ius cogens*) y crean obligaciones *erga omnes* (para todos y contra todos). De ser correcto este enfoque, se resolverían todos los conflictos entre la esfera del comercio y la de los derechos humanos, por lo cual se propugna fuertemente en la teoría internacional por considerar como *ius cogens* todos los derechos incluidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y más allá se ha planeado incluir como derecho imperativo e inderogable el derecho al desarrollo. El problema radica en que son pocos los derechos que han alcanzado el estatus *ius cogens*, pues apenas se reconoce que tienen esta naturaleza las normas sobre protección de la vida e integridad de las personas, las que prohíben la esclavitud, el genocidio y la discriminación racial. En este sentido, no hay soluciones claras aún en el derecho internacional para enfrentar las tensiones entre las esferas del comercio y de los derechos humanos. Fortin (2008) plantea que los conflictos de normas deben resolverse según el criterio de cuál es el derecho aplicable a un caso. No obstante hay varias posiciones al respecto: parte de la doctrina sostiene que es la ley especial la que debe

prevalecer frente al asunto, con excepción del *ius cogens*. Otros sostienen que el estatuto de la OMC es parte del derecho público internacional, y deben aceptarse, por lo mismo, las reglas de solución de conflictos normativos presentes allí. Y una tercera posición se orienta a defender que la interpretación de los acuerdos de la OMC debe hacerse conforme a las normas usuales de enfrentar conflictos normativos en el derecho internacional, práctica presente en algunas decisiones del Órgano de Solución de Diferencias en las que se remite a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena. Finalmente el autor advierte que en el seno del comercio y aranceles del estatuto de la OMC hay varias excepciones generales al libre comercio que se relacionan con los derechos humanos, verbigracia, la protección de la vida, o de la salud, excepciones que pueden ser invocadas en los conflictos a favor de los derechos humanos.

Por la misma línea de explicar los sistemas jurídicos especiales (y/o corporativos) de naturaleza privada, Kündmuller y Rubio (2006) han estudiado el arbitraje de las inversiones que se hace ante el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias de Inversiones (CIADI) como un nuevo horizonte del derecho internacional. Los autores hacen un desarrollo de la génesis y evolución hasta el presente del derecho internacional de las inversiones. Sitúan que con el fracaso a finales de los años noventa de la iniciativa para un Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), promovida a instancias de la OCDE, proliferó por todo el mundo la firma de Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI) y de Tratados de Libre Comercio, todos con un capítulo de inversiones (que además incorpora un procedimiento directo de solución de controversias entre Estados e inversionistas, ante espacios de arbitramento internacional, sin considerar estos litigios la soberanía jurisdiccional de los Estados parte).

El derecho internacional de las inversiones es inseparable del desarrollo del mecanismo de solución de controversias adscrito al CIADI, dispuesto desde 1966 por el Banco Mundial. Los autores explican en detalle el procedimiento y la naturaleza legal de las disputas que se dan en ese escenario, referidas a los derechos de los inversionistas (trato nacional, la cláusula de la nación más favorecida, el trato justo y equitativo a los inversionistas, el régimen de expropiaciones y el arbitraje para no someter el conflicto a la jurisdicción del Estado receptor demandado).

No se encuentra en el artículo un análisis de las tensiones que existen en los casos que conoce en CIADI cuando se contraponen a los intereses de los inversionistas los principios de soberanía nacional o el de derechos humanos. A penas se deja mencionado que en tales casos se encuentra comprometido el interés público, y por lo mismo deberían los procedimientos ser más transparentes y participativos para las sociedades involucradas.

Un buen marco analítico para comprender con sentido crítico las transformaciones que experimenta el campo jurídico nacional por efecto de la globalización económica, lo presenta el jurista Alejandro Teitelbaum (2005). Dicho marco interpretativo es apropiado para explicar la tendencia de corporativización del derecho, o sea, de los regímenes jurídicos privados que han surgido para dirimir muchos conflictos que se presentan entre comunidades afectadas por proyectos de desarrollo y las instituciones o empresas que los financian.

Desde mediados de la década de los noventa prolifera en el planeta una densa red de convenios y tratados económicos y financieros internacionales -regionales y bilaterales- que han subordinado o suplantado los instrumentos básicos del derecho internacional y regional de los derechos humanos, así como a las constituciones, a la legislación económica orientada al desarrollo nacional y a las leyes laborales y sociales cuya finalidad era mitigar las desigualdades.

Esta trama es resultado de la inclusión en casi todos esos tratados de la aplicación de las cláusulas de trato más favorable, trato nacional y nación más favorecida que funcionan a su vez como un sistema de vasos comunicantes que permiten a las políticas neoliberales circular libremente a escala planetaria, y penetrar en los Estados donde desintegran las economías nacionales y generan graves daños sociales.

Otra cláusula homogénea es la de solución de controversias entre las partes, la cual prevé la formación, caso por caso, de tribunales arbitrales internacionales, al margen del sistema judicial de derecho público estatal e internacional. Con ella se provoca una feudalización del derecho, o la irrupción de un derecho corporativo opuesto al derecho público nacional e internacional, que funciona en el interés exclusivo del gran capital transnacional y de los Estados ricos, en detrimento de los intereses y derecho de los Estados periféricos y de sus pueblos. El derecho corporativo está acompañado de un fuerte sistema coercitivo para

asegurar su aplicación: multas, sanciones y presiones económicas, diplomáticas y militares, etc.

Con esa nueva axiología neoliberal del libre comercio, en particular con el auge del principio del arbitraje para la solución de controversias, se destruyó la llamada Doctrina Calvo, fundante del derecho internacional público, cuyas bases son los principios de soberanía nacional, la igualdad entre ciudadanos nacionales y extranjeros y la primacía de competencia territorial de los tribunales nacionales. Con base en esos preceptos, en caso de presentarse un pleito con un ciudadano extranjero, éste quedaba compelido a agotar los recursos legales ante los tribunales locales, sin pedir la protección o intervención diplomática de su país de origen.

Los principios de trato más favorable, trato nacional y nación más favorecida han debilitado las condiciones políticas y fácticas necesarias para el cumplimiento de los tratados de derechos humanos, en especial aquellas que basadas en la potestad de soberanía nacional permitían a los Estados decidir sus políticas generales de desarrollo económico y de bienestar social. Estas políticas son percibidas ahora como amenazas a los derechos de los inversionistas, obstáculos al libre comercio, medidas discriminatorias, expropiatorias o de competencia desleal, susceptibles de ser demandadas por vía arbitral con pretensiones de indemnización.

Teitelbaum (2007) también ha analizado los grandes impactos que tienen las actividades de las sociedades transnacionales sobre el derecho internacional de los derechos humanos. Las sociedades transnacionales inciden en las políticas de los países matrices convirtiéndolas en orientaciones rectoras de la economía mundial, e influyen con mayor fuerza sobre los gobiernos de los países dependientes donde llevan a cabo sus actividades. Con la expansión de los tratados de libre comercio y de las reglas que estructuran a la OMC, el poder de las transnacionales se ha reforzado al punto de desvirtuar la misión de la ONU acerca de promover la vigencia de los derechos humanos, poniéndose algunos de sus órganos especializados al servicio de una regulación flexible de la responsabilidad corporativa. .

El investigador Juan Hernández Zubizarreta (2009) por su parte explica que las empresas transnacionales han encontrado en los códigos de conducta voluntarios un margen de

acción para auto-regularse en materia de cumplimiento de estándares básicos de derechos humanos, que no reducen los altos niveles de impunidad por las violaciones que les son imputables.

Hernández Zubizarreta plantea la profunda asimetría existente entre la nueva *lex mercatoria* que tutela los derechos de las empresas transnacionales, con los débiles sistemas de control existentes para las mismas. Este déficit de control lo prueba al estudiar con detalle el funcionamiento de diferentes mecanismos para resolver conflictos de derechos humanos que funcionan dentro de muchas instituciones de la gobernanza económica como el Banco Mundial, la OMC y la OCDE.

Ante esa asimetría que se refleja en la fortaleza del derecho comercial global frente a la fragilidad de los ordenamientos jurídicos nacionales receptores de la actividad económica de las transnacionales y de los sistemas de protección de los derechos humanos, surge *ad hoc* el derecho blando (*soft law*) como encuadre jurídico favorable a los intereses de las empresas multinacionales y en detrimento de los derechos humanos. Lejos de evolucionar el derecho hacia contrapesos normativos, la aparición de los códigos de conducta en el marco de la Responsabilidad Social Corporativa relaja los estándares de protección del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional del trabajo.

Afirma que los pluralismos jurídicos relacionados con la justicia no oficial que complementa, en unos casos, y que confronta en otros al Estado de derecho, son referentes normativos imperantes en el mundo que han acentuado la crisis del derecho internacional y de algunos de sus principios básicos (legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica). Las normas del derecho del comercio y de las inversiones, y las instituciones que las aplican, adecuan los ordenamientos jurídicos a los intereses de las empresas transnacionales y del mercado. Las normas imperativas, coercitivas y ejecutivas transitan de lo público a lo privado; por ejemplo, los procesos legislativos son sustituidos por la opacidad de una tecnocracia financiera que ajena a toda legitimidad sustentada en la voluntad popular, decide en la actualidad cómo y a quién se aplican los derechos.

El pluralismo jurídico supra-estatal definido desde las posiciones de poder de la *lex mercatoria* confirma la privatización de las reglas jurídicas globales. La situación creada es la de des-responsabilizar a las empresas. En la lógica del modelo empresarial predominante

la posición determinante es la de obligar pero no la de ser obligado. Los dos ámbitos de la responsabilidad coexisten de manera ambigua en el derecho internacional, en ciertos ámbitos de solución de controversias con los poderes corporativos, se aplica de manera estricta y meticulosa el derecho mercantil sancionatorio, mientras que en otros ámbitos donde se dirimen violaciones de derechos humanos cometidas por los actores económicos de la globalización, los procedimientos legales formalmente establecidos por el neoliberalismo, son flexibles y blandos, asegurando la impunidad de empresas e inversionistas.

La des-responsabilización se manifiesta en los códigos de conducta voluntarios que son el fundamento de la Responsabilidad Social Corporativa (RSC). La RSC ha significado el vaciamiento de la responsabilidad legal de las empresas transnacionales respecto a los impactos sociales o medioambientales que causan sus actividades. El *Global Compact* de Naciones Unidas es la expresión más fuerte de esta tendencia¹⁰, pero este discurso hegemónico de las empresas transnacionales se ha sido incorporado en influyentes instituciones como la OIT y la OCDE (Ostau de Lafont; Niño: 2015).

A propósito el *soft law* como fenómeno regulativo, ha sido ampliamente debatido por la doctrina jurídica y de las relaciones internacionales, pues se ha constituido en una de las bases de la gobernanza neoliberal transnacional. La proliferación de instrumentos regulativos de baja intensidad o de débil juridicidad, creados desde múltiples centros de producción y autoridad¹¹, constituye un *corpus* jurídico independiente y flexible hoy en el mundo. Este *corpus regulativo del soft law* tiene su origen en oposición al *corpus normativo* propio de la legislación pública nacional e internacional. El *soft law* se ha difundido como una respuesta adaptativa a vacíos jurídicos existentes en las relaciones globales de diverso signo, y con ocasión de que los Estados han rehusado explícitamente a desarrollar legislación coactiva frente a variados temas, donde los consensos normativos son difíciles (Albareda: 2009, 181 y ss).

¹⁰ Habría que considerar que desde 2011, es la implementación de los principios rectores de la ONU sobre empresas y derechos humanos la tendencia de más crecimiento e influencia en esta materia, al punto de ser percibido en la actualidad como un delimitado campo de saber (Rodríguez, Garavito: 2018, 15).

¹¹ Estos lugares de enunciación regulativa se pueden clasificar en: (i) públicos (como la ONU, OCDE, OMC); (ii) privados (auto-regulativos) y (iii) mixtos público-privados (como la *Internacional Organization for Standardization* –ISO o las iniciativas de autoridades privadas y de la sociedad civil crítica conocidas como *multistakeholder*) (Albareda: 2019, 194 y ss).

Es necesario distinguir dos ámbitos jurídicos en la globalización: uno es la *gobernanza* que tiene un fin regulativo de carácter voluntario, y otro es el de la *gobernabilidad* (o gobierno) que tiene un fin normativo o de obligaciones coactivas. Hay una relación estrecha entre la *gobernanza*¹² y el *soft law*, en contraste con la relación tradicional entre *gobierno* y *hard law* (Albareda: 2009, 182). El *soft law* tiene su origen en el derecho tradicional (gobernanza integradora o Estado-céntrica) para llenar los vacíos normativos encontrados ante la dificultad de que los Estados dicten legislación coercitiva en temas de difícil acuerdo, acudiéndose entonces a instrumentos de baja formalización y juridificación que se rigen siempre por el principio de voluntariedad de las partes¹³. La preferencia de los Estados de acudir al *soft law* se explica porque con estos instrumentos regulativos no asumen obligaciones coercitivas y sancionatorias, o de alta juridificación (*hard law*), que los someta a la interpretación y aplicación del derecho por parte de un órgano independiente de control, o tribunal internacional de justicia, ante el cual tengan que delegar autoridad o ceder soberanía (Albareda: 1999, 183). Contrariamente al sometimiento jurídico del *hard law*, el *soft law* les permite a los Estados márgenes de negociación política para aplicar e interpretar los instrumentos, sin delegar autoridad en ningún tribunal ni someterse al cumplimiento de obligaciones legales. Una consecuencia no favorable de estos instrumentos de derecho blando, es su indeterminación, su baja precisión y falta de eficacia, lo que genera una “zona gris” manejable al arbitrio de los operadores (Sánchez Pérez: 2012, 89).

¹² La gobernanza en términos muy generales es entendida como las formas de interacción regulativa entre diferentes actores globales, unas de origen estatal y otras autónomas de las legislaciones estatales; por eso se habla de una gobernanza policéntrica y de otra gobernanza integrada o Estado-céntrica (Rodríguez Garavito: 2018, 44). Hay perspectivas que entienden la gobernanza como el mismo derecho blando de las instituciones de la globalización, que contempla en la regulación también al sector privado (empresas), a la sociedad civil organizada y a las comunidades y/o personas afectadas por algún proyecto de desarrollo (González; Del Pozo: 2016, 58).

¹³ El desarrollo del *soft law* ha estado ligado a la evolución del derecho público internacional y coloniza crecientemente ámbitos del derecho nacional. Entre los diferentes instrumentos de esta naturaleza impulsados por los Estados y organizaciones internacionales gubernamentales están: las declaraciones de derechos humanos y del medio ambiente, las resoluciones de la Asamblea de Naciones Unidas; las líneas directrices, principios, códigos de conducta, planes de acción de conferencias internacionales; recomendaciones y observaciones generales de los comités de los tratados de derechos humanos (Albareda: 2019, 183; Coilmegna: 2012). En el plano nacional, por ejemplo, el *soft law* también ha colonizado diferentes ámbitos del derecho administrativo colombiano; se manifiesta entre otros instrumentos en: directivas institucionales, circulares, protocolos, documentos Conpes (Sánchez Pérez: 2012, 77).

Las lógicas flexibles del *soft law* le han servido igualmente a actores descentralizados y policéntricos, especialmente privados, para contribuir al desarrollo de este *corpus juris* de la gobernanza neoliberal. Por un lado, autoridades privadas han aprovechado los marcos de la gobernanza voluntaria para participar en ella, aprovechando los marcos regulatorios de organizaciones internacionales gubernamentales como la Unión Europea, la ONU, la OCDE, la OMC, el Banco Mundial y otras más. ONGS, asociaciones privadas y empresas se han sumado o desarrollado dentro de estos marcos voluntarios, líneas directrices, principios, códigos de conducta y estándares internacionales para dinamizar a los mercados y a otras actividades transnacionales, paliando el déficit de regulación estatal. Iniciativas privadas han influido en agencias de Naciones Unidas (PNUD, UNCTAD, PNUMA y otras) para promover regulaciones de responsabilidad social empresarial como el Pacto Global, el Global Reporting Initiative o la Agenda 21 derivada de la Conferencia de Río de 1992 (Albareda: 2019, 184). Adicional a lo dicho, se han expandido y fragmentado las iniciativas de auto-regulación tipo *soft law*, entre empresas, instituciones financieras y de desarrollo para enfrentar los dilemas de derechos humanos y de medio ambiente que deja a su paso la globalización neoliberal; aquí precisamente está el lugar de las justicias globales corporativas que estudiamos en este trabajo.

Un completo análisis de las discusiones sobre el *soft law* las ha recogido por el profesor Mauricio del Toro Huerta (2006), quien percibe la expansión del paradigma del *soft law* como una adaptación del derecho internacional ante la irrupción de múltiples situaciones de la globalización que reclaman tratamiento jurídico, pero que por sus complejidades no logran tener el suficiente consenso entre la comunidad internacional para ser reguladas por los procedimientos usuales del derecho convencional.

El crecimiento del *soft law* se verifica a partir de la década de los setentas del siglo anterior, momento en el que declina la función de codificación internacional que había acometido las Naciones Unidas, esto por la falta de consensos entre los Estados en temas de responsabilidad jurídica de las empresas multinacionales. La formación de una normatividad relativa o sin fuerza vinculante ha permitido señalar a algunos tratadistas los riesgos – o patologías que entraña para el derecho internacional el *soft law*. Por ejemplo, el *soft law* supone el debilitamiento de nociones jurídicas centrales como la de crímenes internacionales de derechos humanos, de los conceptos de *ius cogens* y de obligaciones *erga omnes*, y con ello el desconocimiento del orden internacional como producto vinculante

de la cooperación entre entidades soberanas, y de los procesos de formación normativa identificados con el voluntarismo estatal.

Una posición intermedia en la controversia sobre si el *soft law* implica la fragmentación o no del derecho internacional, es aquella que considera que en todo sistema legal se reconocen gradaciones normativas. Existen, por una parte, normas y conceptos en todo sistema jurídico cuyos enunciados son de tal amplitud que su aplicación no es directa y conllevan a procesos de interpretación (es el caso de textos como las declaraciones, los principios y otros similares). De otra parte, es aceptada por la doctrina la distinción entre *lex lata* y *lege ferenda*, o sea, entre derecho positivo vigente y normas para el futuro, ese proceso remite a un tránsito en la construcción del derecho que pasaría por sucesivas etapas en su positivización: *soft law/ law/ hard law*

Recuerda el profesor Del Toro (2006) que hay tres acepciones principales para reconocer al *soft law*: a) una alude a las normas que se encuentran en proceso de formación y aún no han adquirido validez jurídica; b) otra se refiere a las normas jurídicas de contenido abierto o difuso en las que resulta difícil precisar si sus disposiciones han sido o no cumplidas debidamente; y otra c) denota las prescripciones contenidas en las resoluciones de Naciones Unidas o de otros espacios regionales, en acuerdos de algunas organizaciones internacionales o de tipo diplomático, , en ciertos códigos de conducta, , en directivas adoptadas en conferencias internacionales, etc., que en conjunto pueden comprenderse como un “orden jurídico intermedio”.

Esta gradación basada en la efectividad y validez jurídica de las normas, no debe producir el equívoco de afirmar la coexistencia de un derecho duro y otro blando (Del Toro: 2006). Sostiene el jurista mexicano que el concepto de validez de cualquier norma (sea jurídica o no) no está sujeto a gradación alguna; si hay diferentes tipos de derechos y de obligaciones reconocibles en las normas, no puede dudarse que éstas son derecho.

Del Toro advierte que es difícil una comprensión del *soft law* sobre la base dicotómica del derecho internacional, o de una percepción dogmática de la teoría de las fuentes del derecho internacional fundamentada en el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Este artículo atribuye a la costumbre y a los tratados internacionales el origen del derecho internacional, y de manera subsidiaria a los principios generales del

derecho, a la doctrina y a la jurisprudencia. Esta aproximación es incorrecta ya que conlleva una visión estática del derecho que impide ver que en la formación de normas, el consentimiento de los sujetos internacionales de derecho -que no son únicamente los Estados- va más allá de lo establecido en el artículo 38 del estatuto de la CIJ, existiendo una variedad de manifestaciones normativas por consenso que desbordan ese marco.

Por esto mismo entiende que el *soft law* ha enriquecido la formación de derechos y obligaciones en el ámbito internacional, lo que va más allá del consensualismo estatal. Son variados los sujetos del derecho internacional que participan en la elaboración de instrumentos normativos, que a su vez han mostrado ser útiles para establecer vínculos entre instituciones públicas y entidades privadas transnacionales y no gubernamentales frente a los retos de regulación de materias de interés general en la globalización. Esos instrumentos si bien no imponen obligaciones jurídicas generales, no están desprovistos de efectos jurídicos, pues en diversas ocasiones reflejan el estado de desarrollo de normas consuetudinarias, o son la base de tratados futuros o incluso marcan expectativas de comportamiento entre los Estados y otros sujetos del derecho internacional, pues están regidos de alguna manera por el principio de la buena fe, lo que explica su utilidad y validez.

La mayoría de los analistas del *soft law* lo enmarcan como un fenómeno propio del pluralismo jurídico global, entendido como la coexistencia de diversos órdenes normativos en un mismo espacio y tiempo, que da cuenta, de un lado, de la pérdida del monopolio estatal de la producción jurídica y, de otro, de la irrupción de espacios privados de producción de normas técnicas y especializadas sobre diversos aspectos de la economía global, auto-regulados y al margen del derecho estatal –des-regulación- (Hernández Cervantes: 2014, 119; Sassen: 2010b). La producción normativa *soft law* es copiosa en las dos últimas décadas, especialmente a nivel derecho laboral y en relación con los derechos humanos y las empresas (Rodríguez Garavito: 2018; Ostau de Lafont; Niño: 2015) o para regular (y/o des-regular) variados ámbitos administrativos de la gobernanza global (Kingsbury; et al: 2005; Martínez: 2018).

1.2. ESTUDIOS ACERCA DE LAS VÍCTIMAS DEL DESARROLLO

La indagación de las fuentes buscó establecer si existen estudios que hayan hecho referencia directa o cercana a la categoría de “víctimas del desarrollo” que es estructurante de esta monografía. Para verificar este interés, se revisaron varios estudios sobre victimología. He aquí los resultados.

1.2.1. Noción genérica y tipologías sobre las víctimas

Aunque el concepto de “víctima” ha tenido una importante evolución desde los años sesentas dando lugar incluso al surgimiento de nuevas disciplinas como la victimología¹⁴, no se encuentra aún entre las tipologías desarrolladas por diferentes disciplinas sociales, un concepto específico sobre las “víctimas de desarrollo”, ni en las propuestas abarcadoras de Rodríguez Mancera (2002) ni en las de Beristain (2000) y otros.

Explica Luis Rodríguez Mancera (2002) que la victimología evolucionó debido a la preocupación de Naciones Unidas por el tema de la víctima a partir del VI Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Caracas, 1980) que aprobó un proyecto de declaración sobre los principios fundamentales de justicia relativos a las víctimas. . En estos foros el término “víctima” se usó para indicar que alguien ha sufrido una pérdida, daño o lesión sea en su propia persona, en su propiedad o en sus derechos como consecuencia de una conducta que:

- a) Constituye una violación a la legislación penal nacional.
- b) Constituye un delito bajo el derecho internacional y como tal una violación a los derechos humanos.
- c) Implique un abuso de poder por parte de personas a quienes se les imputa la conducta dañosa, por ocupar posiciones de autoridad política, económica o de otra naturaleza.

¹⁴ Algunos no la consideran una disciplina autónoma sino una especialización de la criminología o de la psicología forense.

La víctima puede ser un individuo o colectividad, incluyendo grupos, clases o comunidades, corporaciones económicas o comerciales, y grupos u organizaciones políticas. En el VII Congreso de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Milán, 1985) con miras a lograr el proyecto de Declaración sobre justicia para las víctimas, se expusieron varias hipótesis contradictorias frente al significado y alcance del concepto víctima:

- a) Que la tipificación como “víctimas” debía basarse únicamente en las leyes penales nacionales imperantes.
- b) Que la tipificación como “víctimas” debía incluir a las personas afectadas por los casos de abuso de poder producidos dentro de la jurisdicción nacional, aún si no estuvieran proscritos por el derecho penal o civil.
- c) Que la tipificación como “víctimas” debía incluir tanto a las personas afectadas por las violaciones del derecho penal internacional como a las personas afectadas por las violaciones de las normas relativas a los derechos humanos, o afectadas por la actuación de las empresas y los abusos del poder económico o político. Finalmente, en la Declaración Sobre los Principios Fundamentales de Justicia Relativos a las Víctimas¹⁵ aprobada en el mencionado Congreso, se llegó a la conclusión de concebir a las víctimas en dos grandes grupos: las víctimas de delitos (artículo 1) y las víctimas de abuso de poder (artículo 18). Las víctimas de delitos incluirían a todas las personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños, incluidos lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente. Se incluyó como víctima de un delito no sólo a quien lo sufre directamente, sino además a los familiares o dependientes inmediatos de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro, o para prevenir la victimización (artículo 2).

Las víctimas del abuso de poder se refieren a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido tales daños como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero sí violaciones de normas relativas a los derechos humanos. La cuestión quedó indeterminada sobre quienes serían los sujetos

¹⁵ Base para la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985.

de imputación de estas violaciones a los derechos humanos (¿autoridades estatales o particulares, personas naturales o jurídicas?).

La definición de la víctima depende mucho del paradigma científico, del modelo y de la ideología adoptada para denominarla. Un factor determinante es el del poder. Es usual que los detentadores del poder sean los que determinan quiénes pueden ser considerados como víctimas, y en este esfuerzo dejan muchas conductas que causan daños a las personas y a la sociedad en la impunidad; esto ha sido evidente en relación con los impactos causados por muchas actividades económicas. El autor propone entonces un concepto abarcador que sostiene que la víctima es el individuo o grupo que padece un daño por acción u omisión propia o ajena, o por causa fortuita; tal conducta lesiva debe ser antisocial y por tanto injusta, así no se encuentre tipificada, y además debe tener como correlato directo la existencia de una víctima, así no sea titular del derecho vulnerado. Dentro de ese marco de interpretación amplio, podría encuadrarse la noción que propongo de “víctima de desarrollo”.

Rodríguez Mancera (2002) concluye además que el argumento de “víctima no identificable, no castigo” debe ser manejado con precaución. El concepto de “crimen sin víctima” con su consecuencia de des-criminalización tiene la intención de liberar a los poderes políticos y económicos y a otro tipo de delincuentes de la sanción penal y social.

Estudiando otras fuentes autorizadas sobre el tema de la victimología, no se conciben víctimas más allá del estricto sentido de conductas penales (en los ámbitos nacional o internacional) que afectan derechos civiles y políticos fundamentalmente. No se encuentran alusiones explícitas a víctimas de los procesos o políticas de desarrollo, que afecten derechos sociales y colectivos de las personas o grupos sociales. Esta tendencia interpretativa es observable en Taramit (2006) o Beristain (2005) quien define la victimología como una ciencia transdisciplinar que investiga la victimización, las causas, controles, consecuencias y respuestas superadoras de los conflictos armados y la delincuencia. En la clasificación de las víctimas que propone Beristain (2000) basada en diferentes grados de culpabilidad¹⁶ no hay un concepto fácilmente asimilable a la idea de víctimas del desarrollo.

¹⁶ Beristain (2000) concluye que existen cinco clases de víctimas a saber: (i) *Completamente culpable o precipitadora*, reconocible porque hay una contribución directa en la

1.2.2. Estudios sobre los procesos de despojo en la globalización

Siendo las nociones de “afectados” y “despojados” las más cercanas a la categoría de víctimas del desarrollo, revisaré ahora los avances académicos alrededor de estos conceptos.

La categoría de despojo o de acumulación por desposesión ha sido propuesta por David Harvey (2006) quien desarrolla el argumento según el cual, el capitalismo tiene la tendencia a producir crisis de sobre-acumulación que conllevan a lo que Marx identificó como la caída en la tasa de ganancia. Esas crisis se expresan como excedentes de capital y de fuerza de trabajo que coexisten sin que sea fácil reconducirlos de forma rentable. Si no se producen devaluaciones sistemáticas (incluso la destrucción) para absorber esos excedentes, se produce crisis en la acumulación.

El capitalismo ha encontrado dos vías para resolver esta crisis: una es la reproducción ampliada y la otra, la expansión geográfica propia del imperialismo, que conlleva a la reorganización espacial y a la acumulación por desposesión. Marx se refirió a dos tipos de reproducción del capital: a una la llamó acumulación simple, en la cual no existe crecimiento económico pues la plusvalía producida por el trabajo asalariado es gastada en el consumo, y la otra, acumulación ampliada que se presenta cuando la producción es mayor a lo que se necesita, haciendo posible el crecimiento económico a partir de que parte de la plusvalía es reinvertida en la producción.

Los excedentes son absorbidos por reproducción ampliada cuando las economías capitalistas realizan inversiones en proyectos de largo plazo, medida que puede conducir eventualmente a una devaluación de las inversiones o al endeudamiento. Por esto existe una fuerte oposición de los neoliberales en Estados Unidos a cualquier política de redistribución o de mejora social interna, lo que no deja más opción que mirar al exterior

conducta (punible o no punible) de la víctima (aquí existen víctimas provocadoras; precipitadoras del delito, propiciadoras del delito o falsas víctimas). (ii) *Parcialmente culpable* (dentro de esta categoría distingue a la: víctima por ignorancia o imprudencia; víctima con escasa culpabilidad; víctima voluntaria). (iii) *Completamente inculpable* (como la víctima ideal). (iv) *Vindictiva* (la que reacciona con violencia y comete un delito). (v) *No vindictiva* (aceptadora, altruista, protagonista axiológica).

para superar las dificultades del modelo de acumulación. Ésta segunda opción se concreta mediante desplazamientos espaciales para abrir nuevos mercados, nuevas capacidades productivas, de acceso a recursos y a fuerza de trabajo en otros lugares. Es normal que puedan darse la combinación de ambas alternativas.

Harvey hace notar que desde los años setentas el capitalismo global ha experimentado un crónico y duradero problema de sobre-acumulación que lo ha vuelto volátil, y lo ha obligado a una serie de ajustes espaciales y temporales que han fracasado. La forma de reproducción ampliada de acumular muestra su incapacidad del capitalismo para resolver la crisis estructural que lo afecta, impulsando por esto la tendencia agresiva de acumular mediante procesos de desposesión, que es la marca distintiva del nuevo imperialismo. Este ciclo de dominación deja tras de sí una estela de devastación socio-ambiental por las formas insostenibles de producción que introduce en los territorios alcanzados.

La acumulación por desposesión fue ampliándose con la gobernanza económica neoliberal que obligó a los países periféricos a la ortodoxia del ajuste estructural, y a la apertura de sus mercados. De paso debilitó a los movimientos obreros, antes fortalecidos durante la reproducción ampliada, por medio de nuevas formas de disciplinamiento impuestas con la descentralización productiva, lo que se reflejó en el marchitamiento de los derechos laborales, en especial de las garantías de asociación y negociación colectiva.

La acumulación por desposesión alienta procesos como la mercantilización y privatización de la tierra y la expulsión forzosa de las poblaciones campesinas. Por ejemplo, en muchos países periféricos han prosperado legislaciones que posibilitan entre otros asuntos: la conversión de diversas formas de derechos colectivos de propiedad sobre la tierra en derechos de propiedad exclusivos de empresas; la supresión del derecho a los bienes comunes, lo que incluye el desmonte de los sistemas y servicios de bienestar social; la precarización del trabajo; la supresión de formas de producción y de consumo alternativas; los procesos neocoloniales de apropiación de activos, entre ellos de recursos naturales estatégicos, y el tráfico y la servidumbre de trabajadores migrantes, entre otros.

A lo anterior se agregan otros mecanismos de la acumulación por desposesión ligados al fraude y robo a través de la financiarización del mundo: los esquemas de ponzi (pirámides); la reestructuración de activos públicos a través de la inflación, la depreciación de su valor y

de fusiones y adquisiciones por socios privados; el crecimiento del endeudamiento interno y externo en los países del Sur, que sacrifica el desarrollo de las políticas sociales; el fraude corporativo; la desposesión de activos de los fondos de pensiones y su liquidación causada por colapsos accionarios; la manipulación de créditos y de acciones financieras (burbujas especulativas). Todo esto supone una mayor transferencia de activos o capitales desde los países del Sur a los emporios del Norte Global.

Con la acumulación por desposesión la naturaleza se ha convertido en mercancía: el énfasis en los derechos de propiedad intelectual en las negociaciones de la OMC apresuró la competencia por las patentes y licencias sobre materiales genéticos, el plasma de semillas y otros recursos biológicos. Este nicho de acumulación capitalista refuerza la biopiratería y el pillaje de los recursos genéticos por parte de las empresas multinacionales. El control y explotación de los bienes ambientales ha surgido como un problema inconmensurable.

Harvey explica que la nueva ola de los “cercamientos” que se hace sobre los bienes comunes ha suscitado una amplia resistencia social, representada en el movimiento antiglobalización contra los actores de la desposesión: los Estados, las instituciones internacionales y las empresas multinacionales.

La categoría de acumulación por desposesión es relevante para nuestra investigación. Por un lado permite comprender las dinámicas empresariales que envuelven el caso del corregimiento del Tabaco, y en segundo lugar, nos ofrece un marco de referencia apropiado para cualificar el concepto de víctimas del desarrollo.

Con base en la categoría de la acumulación por desposesión se ha consolidado una verdadera tendencia analítica interdisciplinaria en América Latina que explica cómo opera este fenómeno en diferentes territorios y poblaciones, en especial en aquellos espacios sometidos a economías extractivas. Los textos que reseño ahora son una muestra de esta tendencia.

Horacio Machado (2010) ha explicado las relaciones históricas entre minería transnacional, territorio y neocolonialismo en América Latina. La mega-minería transnacional es un rasgo

estructural del sistema-mundo capitalista de la globalización que impone formas eco-bio-políticas de expropiación que multiplican los conflictos territoriales.

El territorio emerge como un *locus* político clave tanto para la vigencia del colonialismo, como para las alternativas de-coloniales. La idea del espacio como síntesis de naturaleza y sociedad mediatizadas por el trabajo, permite afirmar que no hay producción que no sea dominación material y simbólica del territorio. A lo largo de la historia el colonialismo se instituyó como un sistema representacional del territorio basado en tres vértices semióticos: a) las geografías imperiales que convierten el espacio en propiedad y dominio absoluto de las potencias conquistadoras; b) una episteme moral de la expropiación : el territorio colonial es reducido a la idea de *res nullium* (“cosa de nadie”), la propiedad de la tierra se obtiene con la adecuada explotación de los colonizadores, y c) las ideologías racistas que justifican el poder colonial y la expropiación por medio de la negación e inferiorización del “otro” diferente, produciéndose así un doble proceso de colonialidad: la de un lado, la racionalización del dominio (escisión naturaleza-cultura, civilización-barbarie) y del otro lado un disciplinamiento de los cuerpos colectivos o de los grupos nativos subalternizados.

Con estos ensamblajes civilizatorios del colonialismo se puede trazar una lógica de continuidad entre la minería del siglo XVI y la mega-minería de hoy. Ambos modelos extractivistas son expresión de la acumulación por expropiación y de la división internacional del trabajo. La minería multinacional es hoy un sector de altos niveles de integración vertical de sectores reducidos de inversionistas que han segmentado claramente a los países y regiones entre proveedores de recursos mineros en bruto, y regiones especializadas en el procesamiento y consumo industrial de los insumos mineros. La minería de las empresas transnacionales ha montado un gran dispositivo de control geográfico de fuentes de minerales estratégicos y de transferencia de bienes y servicios ambientales entre regiones y países. La expropiación geográfica implica no sólo la capacidad de control de territorios y manejo de sus recursos naturales, sino que involucra el dominio a través del desarrollo de infraestructuras al exclusivo servicio de las explotaciones, fenómeno que ha llamado Milton Santos como la “alienación territorial”. Las concesiones otorgadas a las empresas mineras alcanzaron a mediados de la década del dos mil el 10% de la superficie territorial de Suramérica, persistiendo las economías de enclave articuladas a los circuitos de la economía mundial. Estas dinámicas son visibles en

el despojo territorial del corregimiento del Tabaco que se abordará como estudio de caso en este trabajo.

Claudia Composto (2012) ha discernido con mayor detenimiento los conflictos socio-territoriales derivados de la mega-minería. El conflicto socio-ambiental nace allí donde el modelo económico implementa formas intensivas de capital para la extracción de recursos naturales en un territorio. Lo que se instala más allá del extractivismo es una lógica cultural y una forma de ocupación y control del espacio que refleja la imposición del poder del centro (político y económico) frente a las regiones, del poder occidental y ciudadano frente a las poblaciones indígenas-campesinas y del poder de la inversión privada frente a las instituciones locales.

La crisis de gobernabilidad en la región latinoamericana ha puesto en disputa a tres proyectos sociales en la región: el socialismo del siglo XXI o socialismo comunitario, el neoliberalismo de guerra y el neodesarrollismo. Esos modelos no se dan puros sino se entrecruzan en las realidades nacionales, por ejemplo, se aprecia que las democracias progresistas de algunos países, han auspiciado el neo-extractivismo. En Bolivia por ejemplo a la matriz eco-comunitarista presente en la constitución de 2009, se le ha sobrepuesto una matriz neo-desarrollista en las políticas públicas. El desarrollo basado en la explotación intensiva de recursos naturales parece ser una determinante insalvable para la Región, que se unifica alrededor del extractivismo por su eficacia para la captación de una renta diferencial de corto plazo, necesaria para sostener una política social expansiva del Estado. La arista más problemática del neo-desarrollismo en la situación particular de Bolivia y de otras experiencias constituyentes en la región Andina, es que socava la propuesta multidimensional de desarrollo y de respeto a la naturaleza que se condensó en la idea del “buen vivir” (o *sumak kawsay*).

La consolidación del modelo extractivista implica la reconfiguración total de los territorios donde se emplazan los proyectos mineros, fragmentados y desarticulados en sus flujos naturales y en sus relaciones locales. Estas tensiones territoriales son las que estimulan a los movimientos socio-ambientales que se han propuesto la reapropiación de la naturaleza y la re-existencia de las relaciones comunitarias. La idea del territorio como ejercicio de autonomía cobra un lugar central en las luchas de resistencia y en las alternativas de producción social, mediante formas autogestionarias y ecológicas de economía popular.

Un conjunto de recientes estudios han aparecido en Colombia con el mismo énfasis de los estudios antecedentes, preocupados por la irrupción de la mega-minería como motor del desarrollo nacional. El profesor de la Universidad Nacional, Julio Fierro Morales (2012a, 2012b), ha realizado un completo análisis de los dispositivos legales y económicos que sustentan el modelo minero en el país, dedicando espacio a documentar regionalmente los impactos multifactoriales que tiene el extractivismo sobre el medio ambiente y las poblaciones.

En particular, al estudiar la minería del carbón se detiene en forma detallada en el Proyecto del Cerrejón en el departamento de la Guajira, actualmente explotado por las multinacionales BHP Billiton, Xstrata Coal y Anglo American. Hace visible el autor que en las zonas de economía de enclave de las multinacionales, son palpables las consecuencias negativas en varios planos delo que llama la irresponsabilidad social empresarial durante 25 años:

-Muestra con cifras que las exenciones al impuesto de renta en el sector carbón en el país fueron de 0,35 y 0,36 billones de pesos entre 2007 y 2009.

-Explica que durante el gobierno de Andrés Pastrana con la Ley 681 de 2001 se estableció que los combustibles líquidos en las zonas de fronteras estarían exentos de los impuestos de arancel, IVA e impuesto global, lo que significó para las multinacionales del Cerrejón, entre 2005 y 2010, gabelas tributarias por 1.131.322 millones de pesos.

-Los efectos crónicos sobre la salud de los trabajadores y las poblaciones donde se explota y exporta el carbón están plenamente probados en diversos estudios y conceptos de la Procuraduría General de la Nación. La contaminación ambiental afecta a la salubridad pública en la zona de explotación y en las áreas de influencia; se demuestra en que en estos territorios se han encontrado en el aire, los suelos y el agua la presencia de 364 sustancias químicas tóxicas.

-Los pasivos sociales en la Guajira son múltiples a causa de explotación del carbón: no se encuentran encadenamientos productivos locales asociados con la minería pues ésta funciona como una economía de enclave que no genera ningún tipo de desarrollo para la región; el índice de condiciones de vida en este departamento es el cuarto más bajo a nivel nacional.

-Por la expansión del proyecto carbonífero del Cerrejón, varias poblaciones, cerca de 60 mil personas, entre ellas la del corregimiento del Tabaco, han sido desalojadas forzosamente de sus territorios (Ferro: 2012b).

En la misma dirección de diagnóstico sobre los efectos de la mega-minería en el país, el informe del Observatorio Social de Empresas Transnacionales, Megaproyectos y Derechos Humanos (2008) y la investigación de Pablo Reyes e Ivonne León (2012) explican que esta actividad en Colombia forma parte de los nuevos escenarios de bio-poder de la globalización. La bio-política es una tecnología reguladora de la vida, cuyo objetivo final es la población a través de prácticas disciplinarias y de la lógica amigos-enemigos con las cuales se imponen estrategias geopolíticas y bélicas de control en los territorios donde yacen los recursos naturales. El control de los hábitats impone formas de gobernabilidad global caracterizadas por el relajamiento de los estándares de protección ambiental y por la expedición de normas mineras que fortalecen las posiciones de dominio y seguridad jurídica para los inversionistas internacionales.

1.3. ESTUDIOS SOBRE EL ACCESO A LA JUSTICIA GLOBAL DE LAS VÍCTIMAS DEL DESARROLLO

Para comenzar este acápite se resalta la obra clásica del maestro italiano Mauro Cappelletti (1979) que aporta un significado general sobre el derecho de acceso a la justicia. Cappelletti lideró una monumental investigación interdisciplinaria sobre el acceso a la justicia a nivel internacional. El objeto de esa investigación empírico-comparativa fue analizar los obstáculos para el uso del sistema jurídico que repercutían en la eficacia de las libertades y de los derechos de bienestar, en el marco del Estado social.

La investigación partió de preguntas elementales: ¿qué es la justicia? (para indagar sobre sus dimensiones implícitas) y ¿justicia para quién? (a través de la cual se abordaron los problemas sobre el acceso propiamente y la dimensión social de la justicia).

Hay acceso a la justicia cuando el pueblo puede solucionar sus conflictos y ejercer sus derechos por medio del Estado. En esta vasta definición se encuentran dos comprensiones relacionadas del acceso a la justicia: (i) como garantía de un orden jurídico justo (igualdad

de oportunidades y ejercicio de la ciudadanía), y (ii) como un derecho fundamental de poder acudir y encontrar respuestas del aparato de administración de justicia

Varios elementos valen la pena resaltar del estudio de Capelletti: la concepción del acceso a la justicia como derecho fundamental; la aplicación del concepto más allá de los derechos civiles, recogiendo la protección de los derechos sociales y colectivos; y finalmente, que el acceso tiene que ver con el transitar de los conflictos dentro del aparato judicial, lo que implica remover las barreras que se oponen a ese tránsito. La obra es importante por el valor conceptual del acceso a la justicia, aunque se limitó al tema de los tribunales nacionales desde donde planteó análisis comparados; no llegó a la interpretación de la justicia internacional como tal.

En un sentido teórico diferente, la investigadora Martha Palacio (2011) asume el debate actual sobre la justicia global reconociendo tres focos de discusión que instauran, cada uno, un sujeto y un objeto de protección: (i) el derecho de gentes, (ii) el cosmopolitismo y (iii) el enfoque estructural o crítico. La justicia global es entendida como la reflexión sobre un nuevo orden normativo fruto de las mutaciones estructurales en el orden internacional debido al proceso de globalización económica.

En el caso del derecho de gentes, la noción de justicia es atribuida a Rawls. El objeto de la justicia aquí es la instauración de un orden internacional pacífico orientado por la tolerancia entre pueblos, cuyas condiciones para poder entrar en él son: que el pueblo en cuestión sea pacífico, que respete los derechos humanos y que posea un régimen legal que resulte legítimo a sus miembros. El objeto-sujeto de la justicia consiste en fundar un ordenamiento normativo guiado por la tolerancia para regular las relaciones entre pueblos. En el caso del cosmopolitismo se trata de plantear una fundamentación normativa basada en el régimen de los derechos humanos como marco legal común, que deben garantizar los Estados y las instituciones internacionales como la ONU y la CPI; este enfoque está muy relacionado con la idea de los derechos humanos universales de Tomas Pogge, quien concibe que los derechos no sólo imponen la responsabilidad de respeto sino de cumplimiento, medidas que constituyen un deber moral y político de los Estados y entre los Estados. Por último, en el enfoque crítico plantea la autora que el objeto-sujeto de la justicia es la impugnación de los marcos regulativos y/o políticos de la globalización que niegan la voz de los subalternos

(De Sousa Santos) o de los sujetos/sujetados (Fraser), mostrando la irrupción de nuevos actores sociales en la gobernanza global.

Explica Palacio que para De Sousa Santos, los derechos humanos deben ser la base de la justicia global, siempre que conserven su carácter emancipatorio y el diálogo intercultural. Los derechos humanos son un localismo globalizado (el de las revoluciones burguesas de Estados Unidos y Francia) que ha sido reformulado por la acción colectiva de los movimientos sociales a través de una hermenéutica diatópica, con capacidad de desnudar su incompletud y ponerlos a transitar hacia horizontes de comprensión más integrales y contra-hegemónicos.

El enfoque crítico de la justicia global posee un carácter contestatario a las injusticias de la globalización. El pluralismo jurídico existente nace de los vacíos estructurales de regulación del capitalismo global y organiza focos de emancipación social respecto a las perversiones de la globalización. Los nuevos movimientos sociales alter-mundialistas crean un cosmopolitismo subalterno que exige nuevos marcos legales para superar las injusticias, o sea, una nueva gobernanza desde abajo.

Aunque la investigación que adelanto no tiene la pretensión de hacer una reflexión de la justicia global desde la filosofía política, pues se enfoca en la dimensión práctica del acceso a la justicia de las víctimas del desarrollo, el reconocimiento de estos tres enfoques descritos por la profesora Palacio es útil conceptualmente para problematizar el análisis del sentido y acceso a la justicia global corporativa que abordo.

1.3.1. Las resistencias socio-jurídicas antiglobalización

Los movimientos sociales son quienes más han impulsado en sus luchas de denuncia y reparación de los derechos humanos, la causa de un acceso a la justicia en los planos nacional e internacional. Hay un interés en parte de los estudios sociales de la actualidad, de explicar el activismo socio-jurídico de los movimientos sociales como expresión particular de las luchas anti-globalización.

En este acápite se comentarán algunos estudios de las resistencias sociales que utilizan el derecho como un instrumento de emancipación, es decir, que documentan experiencias

que han desplegado la estrategia de tramitar casos de violaciones a los derechos sociales y colectivos ante espacios transnacionales de tipo judicial y cuasi-judicial (*soft law*).

Para comenzar, el jurista Blakrishnan Rajagopal (2005) realizó un completo análisis del derecho internacional “desde abajo”, en el cual examina la influencia que han tenido los movimientos sociales y las resistencias del Tercer Mundo para la consolidación de los llamados derechos de tercera generación relacionados con el desarrollo, la autodeterminación de los pueblos y las diversidades culturales.

El autor -desde una perspectiva poscolonial- propone la construcción de una nueva historia del derecho internacional que refleje en su configuración la voluntad explícita de los pueblos del Sur Global, superando las narrativas de las élites políticas y económicas nacionales y de los países desarrollados, así como la idea del Estado como único actor legítimo de las relaciones internacionales. Los movimientos sociales han sido determinantes para la construcción del derecho internacional: Por su acción colectiva se han expandido los derechos humanos, el derecho al desarrollo y un nuevo orden económico internacional.

Rajagopal advierte que para los estudios jurídicos tradicionales han sido indiferentes el papel de las resistencias sociales y el cambio social. El análisis judicial es una historia sin masas, visión criticada entre otros por la escuela crítica del derecho y por las teorías feministas del derecho.

El derecho internacional ha estado atrapado dentro de una lógica institucionalista, muy reduccionista, que le ha impedido captar otras luchas por fuera del discurso liberal hegemónico de los derechos humanos, que lo influyen y transforman. Los movimientos sociales generan discursos alternativos por fuera del Estado que han redefinido los conceptos de sociedad civil y de democracia liberal, abriendo espacio a una concepción basada en la política de lo cultural en la que se valoran cuestiones como la identidad, la autonomía y el territorio, para fortalecer los procesos de control local sobre los recursos naturales y para enfrentar al mercado .

Desde la década del sesenta del siglo pasado, los movimientos sociales que han enarbolado causas de la diversidad, no han podido ser interpretados adecuadamente por los paradigmas vigentes del liberalismo y del marxismo. Por el lado del liberalismo, los

movimientos sociales no encajan en su concepción de que la acción política sólo puede ser encausada institucionalmente, desestimando la esfera pública extra-institucional donde ellos se mueven; tampoco encaja en esta teoría la heterogeneidad de actores que desbordan la imagen del actor-consumidor y ciudadano del liberalismo. Por el lado del marxismo, los movimientos sociales fueron incomprendidos por no encajar en las categorías permanentes de proletariado o clase social, o porque sus causas no pudieron subsumidas en el imaginario de la lucha de clases, lo que las hizo intrascendentes; tampoco el marxismo se percató de que muchas de las luchas de los movimientos sociales no tenían por fin cambiar el modelo de producción capitalista, o la captura política del Estado, puesto que buscaban era su propio espacio político desde la autonomía.

A penas hasta la década de 1990 surgió el trabajo académico alrededor de los nuevos movimientos sociales basados en el rasgo de la identidad, o de las políticas de lo cultural, postura que generó un fuerte debate con el post-marxismo. La política de lo cultural entiende que los movimientos sociales son procesos en los que actores sociales colectivos transforman e incorporan distintos significados y prácticas culturales al conflicto social en sí. Lo cultural es político y plantea una redefinición del poder social. Con esta concepción los movimientos sociales desafían los fundamentos universalistas del derecho internacional y de los derechos humanos, desde posiciones más realistas, autonomistas y locales. Desde ese lugar de enunciación, los movimientos sociales se muestran escépticos de los discursos de la soberanía nacional y del desarrollo, proponiendo visiones emancipadoras del derecho para crear otras posibilidades de bienestar. Reinterpretaron por ello las promesas emancipatorias de los derechos humanos, integrándolos a luchas contra-hegemónicas en situaciones concretas para enfrentar al poder del capital.

En un texto más reciente, Rajagopal (2007) se interesa por las luchas populares que tienen una relación ambivalente con el derecho. De un lado, tienden a ignorar al derecho por representar una fuerza al servicio del *statu quo*, pero al mismo tiempo entiende que es difícil que las luchas sociales puedan eludir el uso alternativo del derecho dentro de las resistencias. El campo jurídico internacional se enfrenta a una gran hibridez, a la par que se han re-posicionado las reglas de la *lex mercatoria*, crecen vertical y horizontalmente las normas jurídicas sobre derechos humanos, medio ambiente y pueblos indígenas, ocasionando una proliferación de espacios políticos y jurídicos que ofrecen mayores oportunidades para denunciar a los Estados, o para presentar reclamaciones sobre

derechos. Los resultados del uso alternativo del derecho no dejan de resultar inciertos para los movimientos sociales pues no ofrecen garantías de éxito, lo que refuerza la idea de politizar las luchas sociales antes que juridizarlas.

La lucha social en el Valle de Narmada en la India que comenzó como una búsqueda de compensaciones justas para las familias desplazadas por la construcción de represas, terminó en una dura resistencia contra esos proyectos, alcanzando dimensiones globales, debido al tipo de actores involucrados: movimientos sociales alter-mundialistas, empresas multinacionales y financiadores internacionales. La resistencia priorizó acciones en el derecho internacional, lo que implicó una fuga de las reglas de la soberanía nacional ajustadas a visiones desarrollistas y a fines privatizadores.

Surgen varias tensiones cuando los movimientos sociales promueven sus reclamaciones ante los sistemas jurídicos nacionales. En no pocas ocasiones los movimientos sociales no pueden acceder a los aparatos de justicia frente a ciertos temas que se consideran de interés público. Se enfrentan en este plano dos lógicas divergentes, el lenguaje del derecho es especializado y occidental, mientras la visión de los actores sociales se hace en clave de lenguaje popular y local. También se enfrentan dos ritmos o temporalidades políticas: la protocolización de las causas tiene tiempos jurídicos predeterminados, lo que provoca que muchas veces durante el trámite procesal, los movimientos sociales usen métodos de presión que los jueces rechazan. Las reclamaciones de los movimientos sociales cuando se fundamentan en el derecho internacional, chocan recurrentemente contra las visiones de jueces anclados en las culturas jurídicas formalistas de sus países, llevando a soluciones no coherentes con los estándares de protección internacional, lo que impacta en la despolitización y pérdida de vigor de las luchas.

En la experiencia del Valle Narmada, Rajagopal relata que la lucha social fracasó en el plano nacional pues la construcción de las represas no pudo detenerse, pero en el nivel internacional en cambio hubo grandes repercusiones: la expulsión de la financiación del Banco Mundial de los proyectos cuestionados, una adecuación institucional en el Banco Mundial que dio lugar al Panel de Inspección de la Sociedad Civil y la a creación de la Comisión Mundial de Represas que documentó múltiples casos de afectaciones sociales y ambientales por la construcción de represas en muchos lugares del planeta.

1.3.2. El acceso a los espacios y mecanismos de la justicia global

La selección de estudios para este acápite buscó reseñar aquellos que analizan el acceso a la justicia de las comunidades víctimas de proyectos de desarrollo a los espacios y mecanismos jurídicos autónomos (corporativos) que surgieron con la reciente globalización.

Pablo Fernández (2006) presenta una reflexión en torno al papel que juega desde 1993 un mecanismo como el Panel de Inspección del Banco Mundial, para atender reclamaciones de grupos afectados por sus proyectos de desarrollo. El Panel de Inspección surgió como respuesta del Banco Mundial ante las críticas de falta de transparencia en la financiación de proyectos y en sus procedimientos operativos institucionales respecto a grupos vulnerables o al medio ambiente. El objetivo fue establecer un foro independiente al que pudieran acudir los perjudicados para requerir que el Banco actuara en coherencia con sus propias políticas y procedimientos. No se trata de un tribunal de justicia, sino de un Panel que recibe denuncias, las evalúa y presenta informes con recomendaciones al Directorio del Banco, quien finalmente decide la aplicabilidad de tales recomendaciones, hecho éste criticado por la falta de imparcialidad que encierra.

De acuerdo con el autor, la mayoría de los reportes y recomendaciones han recibido algún tipo de respuesta eficaz por parte del Banco.

Un análisis de mayor profundidad sobre los reclamos presentados por organizaciones de la sociedad civil ante el Panel del Banco Mundial ha sido realizado por Dana Clark, Jonathan Fox y Kay Treakle (2003). Ellos describen los casos que se han presentado en los primeros años de funcionamiento del Panel, resaltando las novedosas estrategias puestas en práctica por las organizaciones sociales (“cosmopolitas”) para proteger y demandar derechos afectados por la acción y omisión en los reglamentos sociales y ambientales del Banco.. Este mecanismo de resolución de controversias suscita tensiones con la estructura multilateral de protección de los derechos humanos de la ONU, cuyos convenios no se pueden aplicar totalmente por la debilidad o ausencia de mecanismos de coerción para su aplicación, o por los límites que impone la soberanía nacional que los hace subsidiarios; también son débiles las posibilidades para el seguimiento de las obligaciones convencionales. Estas razones que en conjunto estimulan el surgimiento de mecanismos

que aplican otras normas o reglamentos no vinculantes jurídicamente aunque versan sobre derechos humanos, como es el caso del Panel de Inspección del Banco Mundial.

Numerosas presentaciones de denuncias ante el Panel del Banco Mundial han surgido de situaciones de inoperancia de la administración de justicia en los ámbitos locales, donde las pretensiones de los afectados han sido bloqueadas. El Panel se justifica así como un instrumento internacional que busca alterar el equilibrio de poderes. Los autores presentan un estudio de nueve casos ante el Panel de Inspección, en el que distinguen diferentes actores de la sociedad civil, con objetivos y estrategias diversas para tramitar sus casos. Los actores abarcan desde coaliciones nacionales de organizaciones sociales hasta redes Norte-Sur que procuran un efecto “búmeran” acudiendo a la presión internacional sobre los Estados renuentes a atender las reclamaciones. Algunas denuncias ante el Panel causaron efectos importantes directos, como reformas a las políticas internas del Banco Mundial o el retiro del financiamiento a un proyecto potencialmente devastador. Otras condujeron a mitigaciones de los daños u otras más no tuvieron ningún efecto para los denunciantes.

El estudio es interesante en la medida en que permite entrever ciertos problemas de acceso a los mecanismos “alternativos” de la justicia global, y sacar conclusiones sobre la efectividad de los mismos para la protección de los derechos de las víctimas.

En un sentido similar, Domitille Delaplace (2005) presenta una revisión del Mecanismo de Investigación Independiente (MII), instituido por el Banco Interamericano de Desarrollo en 1994 para tramitar las denuncias de la sociedad civil de los lugares donde se implementan proyectos financiados por el BID, que son objeto de controversia por los impactos sociales y ambientales que originan. La pregunta que rodea el estudio es si ¿los mecanismos formales -como el MII- y otros implementados por la banca multilateral son medios eficaces para denunciar violaciones a los derechos de la gente y para reparar los daños causados?, esto en un contexto donde los organismos financieros actúan con poca transparencia, sin imparcialidad y con total impunidad. La respuesta es que el MII hasta el año 2010 cuando fue reemplazado, se mostró como un mecanismo de difícil acceso para las víctimas y con un procedimiento poco imparcial, al ser las directivas del Banco juez y parte en la solución de los conflictos, sometidos a un procedimiento informal de trámites de quejas, que termina emitiendo recomendaciones preventivas o correctivas de voluntario cumplimiento por parte de las directivas del BID.

La autora demuestra que la activación del MII estuvo sujeta a requisitos de difícil acceso para las comunidades afectadas, generalmente caracterizadas por escasos recursos técnicos, financieros y humanos para llevar a cabo la denuncia, según las reglas del mecanismo. De cuatro casos grandes presentados hasta 2005 por el Consultor al Banco (Proyecto Hidroeléctrico de Cana Brava en Brasil, Hidroeléctrica de Yacyretá entre Argentina y Paraguay, el proyecto termoeléctrico del Golfo en México y el proyecto de emergencia por inundaciones de la Comunidad Indígena de Pilagá en Argentina), dos concluyeron con recomendaciones, lo que demuestra su baja operatividad en diez años, y la falta de uso por parte los afectados. Los casos tramitados demostraron que el mecanismo era poco imparcial y falló a favor de los intereses del Banco; la efectividad de las decisiones es débil pues no son vinculantes para el BID y no son claras las formas para reparar los daños.

En jurista español Pablo Zapatero (2008) ha aportado interesantes reflexiones sobre la participación pública y privada en los litigios de la OMC, que ayudan a caracterizar al acceso a la justicia global. El Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC es un caso paradigmático en el derecho internacional. Posee una universalización progresiva, una estructura hiper-legalizada y actúa sobre un conjunto de instrumentos multilaterales obligatorios. Pese a que su funcionamiento es netamente intergubernamental, se desvincula de la norma del agotamiento de los recursos internos pasando su procedimiento a ser directo y con gran poder sancionatorio para el Estado infractor de los acuerdos de la OMC. Las decisiones se toman en tiempos cortos y los índices de acatamiento de las mismas es alto; estos rasgos marcan notables diferencias, por ejemplo, con el Tribunal Internacional de Justicia que no tiene jurisdicción directa, ni cuenta con recursos coercitivos a su alcance.

Este poder cuasi-judicial del OSD ha hecho que las empresas desarrollen una presión permanente ante sus Estados de origen, o ante los de recepción de las inversiones, para que demanden a otros Estados Parte en la OMC cuando consideran que se ha violado, anulado o reducido (directa o indirectamente) alguna ventaja prevista en los acuerdos. El mecanismo ha creado un nuevo nivel de juego, jerarquías y desventajas comparativas entre operadores privados que hacen representación/mediación estatal ante el OSD. Triunfan los grupos de interés más influyentes y especializados en este sistema, lo que crea dudas

sobre la igualdad en el acceso al mismo, más aún cuando este acceso se dificulta por los elevados costos que supone para los Estados de la periferia que deben comprar servicios de representación onerosos. Aunque el OSD es interestatal esto no impide para que agentes privados influyan en él, cosa que se verifica cuando se sabe que los Estados de origen de las empresas multinacionales con interés, actúan, en la práctica, como apoderados de tales corporaciones.

Las empresas no sólo son usuarias indirectas del OSD sino son operarias del mismo al prestar servicios legales especializados a los Estados; sus redes de cabildeo y litigio consiguen que los poderes públicos demandados tutelén sus intereses, independientemente de cómo quede afectado el interés público en casos concretos. A diferencia del acceso que tiene la “ciudadanía corporativa” o empresarial al OSD, la sociedad civil “desde abajo” no tiene forma de influir en los procedimientos de la OMC, hecho que ha deslegitimado las decisiones de este espacio, y ha dejado como tarea pendiente para el OSD evaluar la legalidad que tiene el bloqueo que ciertos grupos de interés produce sobre determinadas políticas públicas en los países demandados. En los primeros diez años de funcionamiento de la OMC, Estados Unidos y la Unión Europea han sido terceras partes en un 94% de los casos y partes en el 64%, situación que ha encarecido los costos de acceso a la OMC en detrimento del acceso a los países pobres, lo que obligaría, según Zapatero (2008), a incluir mecanismos de asistencia legal.

En esta explicación del funcionamiento del OSD de la OMC puede notarse nuevamente la exclusión de las víctimas en estos espacios globales de administración de justicia, frente a las decisiones que se adoptan ahí con serios impactos para los derechos humanos y la calidad de vida de la gente de los países demandados y sancionados.

Capítulo 2

El campo jurídico de la justicia global corporativa

Este capítulo explicará la primera categoría de la investigación: la justicia global corporativa. Para estos efectos sustentaré primero el concepto de pluralismo jurídico desde arriba, luego ubicaré a la justicia global corporativa como un campo jurídico estructurado (Bourdieu: 2000), para hacer por último una descripción de la cartografía de los mecanismos que estructuran a la justicia global corporativa, haciendo énfasis en el mecanismo de los Puntos Nacionales de Contacto de la OCDE.

La tesis que sustentaré aquí es que el pluralismo jurídico global, una de cuyas manifestaciones es la justicia global corporativa, estructura un campo jurídico coherente con el modelo de acumulación por desposesión para regular de manera fragmentada y flexible los conflictos sociales del desarrollo económico, a través de emergentes instancias jurídicas y mecanismos de tipo corporativo que actúan al margen y en detrimento de las formas regulativas del derecho internacional de los derechos humanos.

2.1. EL PLURALISMO JURÍDICO GLOBAL “DESDE ARRIBA”

El pluralismo jurídico es un concepto de profundas complejidades y central para entender las dinámicas del campo jurídico, tanto en el plano nacional como en el internacional. Buena parte de los estudios revisados que caracterizan al derecho en la globalización, dan por sentada la existencia de un pluralismo jurídico transnacional¹⁷. Algunos autores/as reseñados aunque se refieren directamente a la categoría de pluralismo jurídico (como Sassen: 2010b), no postulan un concepto preciso del mismo, y otros prefieren usar terminologías próximas¹⁸ pero que, a mi modo de ver, aluden al mismo fenómeno. Esa dispersión conceptualista para referirse al fenómeno del pluralismo jurídico global hace necesario abordar una breve teorización sobre esta categoría sociológica, que ayude a

¹⁷ Kingsbury (2005), Teubner (2010), Sassen (2010, 2011), De Sousa Santos (1998), López Ayllón (2004), Rodríguez Garavito (2011), Palacio Avendaño (2011).

¹⁸ Como: fragmentación del derecho (CID-ONU: 2006), feudalización del derecho (Teitelbaum: 2005), regímenes regulatorios internacionales y transnacionales (Kingsbury; *et al*: 2005), redes jurídicas internacionales (López Ayllón: 2004), caleidoscopio jurídico (Rodríguez Garavito: 2011), ecosistema jurídico (Rodríguez Garavito: 2018), pluralismo jurídico transnacional (De Sousa Santos: 2009), etc.

precisar sus rasgos distintivos y haga posible trazar una matriz de las diferentes expresiones que tiene este fenómeno en la actualidad.

2.1.1. Aproximación a la teoría del pluralismo jurídico

El sistema jurídico es la expresión institucionalizada del derecho y tiene como fin la integración social, pues orienta los comportamientos de los sujetos a través de regulaciones aceptadas como obligatorias, y provee los medios para resolver los conflictos que se presentan entre ellos, que de no encausarse llevarían a la disolución de la sociedad. En la teoría liberal contractualista tales funciones se han cumplido bajo la presunción política de la modernidad de que existe un monopolio legítimo de la fuerza radicado en el Estado, que tiene la potestad exclusiva para la producción y aplicación del derecho.

El orden de la legalidad en las sociedades liberales, por lo tanto, está relacionado con el derecho positivo estatal. Sólo se consideran como normas jurídicas aquellas que se producen dentro de la estructura de competencias de los poderes estatales, descartándose toda regulación de la vida social a partir de otros preceptos, que de existir sólo operarían en el ámbito individual y privado de la moral o de las buenas costumbres, estando desprovistos de coercibilidad.

Esa presunción formal de la regulación social es problemática pues en la práctica no es el Estado el único que crea normas encaminadas a cumplir las funciones de orientar las conductas, y resolver los conflictos. En la sociedad existen múltiples espacios comunitarios, disciplinares e institucionales -no estatales- que se estructuran de acuerdo a lógicas y prácticas de poder, y tienen la capacidad de regular las conductas de sus miembros y de imponer sanciones legítimas –o aceptadas- de acuerdo con sus propios códigos.

El término de pluralismo jurídico surgió para enunciar formas de regulación sociales paralelas al monopolio del derecho estatal¹⁹, algunas veces en situación de cohabitación

¹⁹ La expansión desde el siglo XIX de la sociedad burguesa y del capitalismo industrial fueron justificados en el individualismo filosófico, en el liberalismo y en el dogma de centralismo jurídico estatal (monismo). En las primeras décadas del siglo XX aparecieron doctrinas que plantearon el pluralismo jurídico, unas desde reflexiones filosóficas (Gierke, Hauriou, Del Vecchio) y otras desde argumentos socio-jurídicos de la escuela del derecho vivo (Ehrlich y Gurvitch) en reacción al normativismo estatal positivista propuesto en la “Teoría Pura del Derecho” por Kelsen. En los años 50 y 60 del siglo anterior, el planteamiento de las ideas jus-pluralistas fue liderado por investigadores

con él y en otras ocasiones incluso compitiendo con el poder estatal o hasta inhibiéndolo (Ardila: 2002, 50). La mayor evidencia de esta dualidad reguladora se encuentra dentro de los Estados nacionales donde coexisten con el derecho oficial otras formas de justicia como la propia de los pueblos indígenas y/o la de otras colectividades. En el derecho internacional la dualidad se percibe en dos pirámides regulatorias: una surgida del derecho público o multilateral, y otra que se estructura a partir de variadas regulaciones privadas e institucionales relacionadas con asuntos de la *lex mercatoria* (Zapatero: 2007) o de la gobernanza mundial (Rodríguez Garavito: 2018, 43).

Ciertamente el fenómeno del pluralismo jurídico se ha multiplicado simultáneamente con los procesos de reestructuración del Estado en el período neoliberal, que a través de políticas de desregulación, informalización y des-judicialización ha librado ciertos segmentos de los servicios estatales y de la justicia, que empiezan a ser ordenados y gestionados por agentes privados, muchas veces con reglas periféricas a la normatividad estatal (Sassen: 2010b).

La noción de pluralismo jurídico está en clara oposición a la hegemonía del monismo jurídico, construido como un verdadero imaginario social.

El monismo jurídico domina nuestra imaginación jurídica y política desde el siglo XVII cuando el contractualismo liberal sirvió de base a la creación de los Estados modernos. La idea de la existencia sólo de un sistema jurídico-político centralizado y jerarquizado por cada Estado-nación, le ha dado sentido y al mismo tiempo ha condicionado nuestra comprensión de categorías políticas básicas como la soberanía, el ordenamiento jurídico y la norma jurídica. Es difícil comprender la constitución y el funcionamiento del Estado por fuera de la representación de un poder soberano indivisible, creador de derecho y garante de la unidad y paz de la nación.

El monismo jurídico se deriva de la ficción liberal del contrato social, según la cual el Estado surge como poder soberano tras someter la fragmentación de poderes y autonomías locales imperantes antes de la modernidad. Este soberano racional neutralizó el caos que generaba

empíricos en el ámbito de la sociología jurídica como Pospisil, Falk Moore y Griffiths (López López: 2014; Garzón: 2012).

la multiplicidad de legisladores y ejecutores de las normas, logrando cohesión un método para resolver los conflictos que amenazan a la sociedad. He aquí el papel de integración social que desde los comienzos de la modernidad se le atribuye al derecho, en su doble función de regulación de las conductas y de resolución de los conflictos.

Para Kelsen existe una identificación entre el derecho y el Estado. Esto origina un carácter centralizado, uniforme, jerárquico e institucionalizado del ordenamiento jurídico. Este es concebido como una construcción racional, perfectamente coordinada dentro de una estructura piramidal, en cuya cúspide se encuentra la norma fundamental que informa y le da validez, en orden descendente, a la creación de las demás normas del sistema, con base en procedimientos previamente establecidos (Kelsen 2000: 147).

Pese a la inocultable influencia del monismo jurídico, este paradigma ha sido criticado desde diversos horizontes teóricos²⁰. Por ejemplo, Foucault se separó de esta comprensión de la centralidad del soberano moderno para captar el poder en sus extremos, allí donde se vuelve reticular y desbordan las reglas del derecho que lo organizan y delimitan, manifestándose como técnicas para producir sujetos dentro de instituciones, y discursos disciplinantes que hacen funcionar al capitalismo. Lo que habría que estudiarse entonces son los fenómenos periféricos y múltiples del poder que constituyen a los sujetos (Foucault: 2000, 37-38); este giro abandona la concepción del derecho como correa de transmisión del poder desde el soberano a los demás miembros del cuerpo social, desprovistos de poder por la cesión hecha mediante el contrato social.

Desde otra perspectiva, la crítica que hacen los estudios coloniales y post-coloniales resalta que el derecho occidental monista no es necesariamente un instrumento al servicio de la civilización, la paz y la racionalidad sino que representa la violencia y destrucción de pueblos y culturas para la consolidación del capitalismo (Fitzpatrick: 1993). El pluralismo jurídico ha sido una realidad que quiebra la matriz del poder colonial del derecho moderno capitalista, que bajo formas de conocimiento totalizantes reafirma las relaciones entre dominantes y dominados. El quiebre del derecho Estado-céntrico, legi-céntrico y monocultural ha permitido el reconocimiento, la acción colectiva, las narrativas regulatorias y la

²⁰ Estas críticas han sido recopiladas por Bonilla, Daniel; Ariza, Libardo: 2007.

subjetivación de otros actores políticos y de poder subalternos (Medeci: 2014; Rivera: 2014). Hay sistemas jurídicos que coexisten con el derecho estatal y se construyen básicamente desde la acción colectiva de las culturas que se auto-determinan a través de sus propias formas de regulación social; también múltiples expresiones regulatorias de los movimientos sociales que crean espacios de decisión y organización autónoma de la vida común, frente a las determinaciones del Estado y del capitalismo global. Por estas circunstancias, pueden denominarse estas expresiones como “pluralismo jurídico desde abajo” (Wolkmer: 2003 y 2014; López López: 2014).

Los estudios críticos del derecho en Estados Unidos han afirmado por su parte que el monismo jurídico basado en las ideas de coherencia, neutralidad y racionalidad normativa, sólo refleja el carácter ideológico de sus fundamentos (Kennedy: 1997). Otras críticas articuladas desde la antropología, cuestionan el monismo jurídico por sustentarse en la idea de universalidad del derecho occidental y en sus valores, sobreponiendo un marcado carácter cultural y su arraigo en una tradición histórica precisa, cuando la cultura occidental sólo es “una manera determinada de imaginar lo real” (Geertz: 1994, 202). Tanto en la escala global como en la local, el derecho occidental es “uno de los principios, pero sólo uno de ellos” de la organización social (Sinha: 1995, 32).

El monismo oscurece el hecho evidente que dentro de los Estados modernos pueden coexistir diversos ordenamientos jurídicos, y elimina la idea que en ocasiones es normativamente adecuada tal cohabitación para garantizar la paz en Estados compuestos por comunidades culturalmente distintas.

El pluralismo jurídico no es un fenómeno nuevo. El profesor Edgar Ardila (2002: 51-52) ubica tres momentos históricos de su desarrollo. La primera etapa ocupa el período que va desde la conformación de los Estados occidentales modernos en el siglo XVII hasta fines del siglo XIX, período del liberalismo clásico donde discurrió el Estado del *laissez faire*, *laissez passer* en el cual las fuerzas del mercado regularon los intercambios sociales, reduciéndose el poder a funciones administrativas y policivas reducidas. Aunque la administración de justicia se considera una función propia y exclusiva del Estado, tiene un campo de acción muy restringido por lo cual varias actividades sociales se rigieron todavía por reglas corporativas privadas, por ejemplo, en el comercio internacional persistieron los usos y costumbres medievales de la *lex mercatoria*. En este período el pluralismo jurídico

se manifiesta en los territorios de colonización en los que cohabita el sistema jurídico de las metrópolis con los derechos tradicionales y locales de las poblaciones nativas sometidas.

De Sousa Santos (2009) ubica que el pluralismo jurídico tiene origen en dos situaciones históricas: una colonial y la otra no colonial. En la primera situación el pluralismo jurídico surge en países que fueron dominados económica y políticamente, y obligados a aceptar el derecho de las metrópolis como instrumento para la administración de la colonia. En relación al derecho no colonial se verifican tres modalidades del pluralismo: la primera ocurre en países con culturas y tradiciones normativas propias que adoptan el derecho europeo con el ánimo de la modernización y estabilización del régimen político (Turquía y Etiopía); la segunda se da en países que experimentan los impactos de una revolución política, en cuyo período de transición se ven obligados a usar el derecho antiguo mientras el derecho revolucionario lo suplanta; y la última modalidad se encuentra en Estados en los que poblaciones indígenas o nativas consiguen el reconocimiento de regirse por su propio derecho²¹.

El segundo momento de la evolución histórica del pluralismo jurídico se da en la época del Estado interventor y se prolonga hasta avanzada la segunda mitad del siglo veinte. En lo nacional, el concepto de lo público se fue ampliando a través de la prestación de servicios en todas las áreas de la vida social, lo que expandió en consecuencia el derecho estatal bajo la concepción del monopolio legítimo de la fuerza. No obstante este robustecimiento del monismo jurídico, en los escenarios más inmediatos de la vida social sigue operando las reglas consuetudinarias de las instituciones comunitarias (familia, barrio, de organizaciones de base), y las formas propias de justicia de las comunidades diferenciadas.

El tercer momento histórico del pluralismo jurídico ocurre desde los años setenta del siglo XX y se prolonga hasta la actualidad. En esta etapa hay una profunda transformación tecnológica de la producción y acumulación capitalistas, que a su vez repercute en el modelo de Estado. Se trata del post-fordismo del capitalismo flexible, que en la esfera política se manifiesta en el Estado neoliberal:

²¹ Esta situación es similar a las circunstancias en las que el Estado deslegaliza algunos ámbitos de regulación para que otros agentes los operen con relativa autonomía; por ejemplo el caso del arbitramento privado o de algunas justicias comunitarias.

El Estado se retrae del ámbito jurídico en medio de dinámicas de desregulación y de deslegalización. Empieza a ceder el espacio a otros actores en la producción del derecho y en la administración de justicia. Gradualmente pasa de desconocer la existencia de formas de justicia no estatales a definir políticas de reconocimiento y de promoción de las mismas, estableciéndolas como competencias y sin ceder en su pretensión monista. Teóricamente cambia su posición monopolista en la administración de justicia por una de cooperación y, a veces de sometimiento, frente al papel que pueden jugar otros actores en la resolución de los conflictos. (Ardila: 2002, 52).

2.1.2. Representaciones teóricas del pluralismo jurídico

Por lo expuesto se pueden resaltar dos elementos distintivos del fenómeno del pluralismo jurídico: (i) existe allí donde se da la concurrencia competitiva y contradictoria de diferentes sistemas jurídicos que regulan un espacio geopolítico común (De Sousa Santos: 1991, 63) o una misma situación social (Arnaud y Fariñas:1996, 279); y (ii) que implica el rechazo a la identificación del derecho con la ley positiva estatal, y del monopolio del derecho por parte del Estado (Ardila: 2002, 55).

La sociología ha planteado diferentes formas de representación teórica del pluralismo jurídico, fenómeno que se refiere a diferentes tipos de interacciones que se dan entre sistemas jurídicos que coexisten en determinado espacio geopolítico²²; relaciones que pueden oscilar entre la simple cohabitación hasta formas de concurrencia, coordinación, asimilación, competencia o exclusión para la regulación de ámbitos de la vida social.

Una cuestión elemental para constatar la existencia del pluralismo jurídico, es aclarar primero qué elementos le dan identidad a un sistema jurídico. El concepto de sistema jurídico ocupa un lugar central en la teoría del derecho y ha sido abordado desde diferentes enfoques ius- filosóficos. Es imposible abordar esta categoría de manera sistemática aquí, por eso nos limitaremos a bosquejar sólo sus elementos distintivos.

El uso más frecuente en la teoría jurídica del concepto de sistema jurídico es entenderlo como un sistema de normas (Kelsen: 2000); una posición intermedia admite que es un sistema de reglas primarias y secundarias, relacionadas con criterios de moral y de justicia

²² El profesor Oscar Correas define el pluralismo jurídico como el “fenómeno de la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas normativos distintos” (Correas: 2003, 51).

(Hart: 1968), y una posición más moderada indica que el sistema jurídico se compone tanto de reglas como de principios (Dworkin: 1999; Alexy: 2003; Raz: 1986)²³.

En la estructura de un sistema jurídico se pueden identificar los siguientes elementos: 1) la existencia de normas que crean derechos y deberes; 2) la existencia de principios jurídicos que señalan directrices abiertas para la aplicación o interpretación del derecho; 3) las normas tienen la virtualidad de regular el comportamiento humano de forma definitiva; 4) esas normas o reglas imponen sanciones o eventualmente pueden hacerlo; 5) las normas emanan de una autoridad o poder competente; y 6) las decisiones a las que dan lugar esas normas se respaldan con el poder coercitivo del Estado. Con base en estos criterios mínimos de identificación podría evaluarse la existencia efectiva de un sistema jurídico.

Aclarado esquemáticamente el concepto de sistema jurídico, se retoma la reflexión sobre las maneras de representación del fenómeno del pluralismo jurídico.

En la teoría del derecho se encuentran varios modelos de representación del pluralismo jurídico que dependen de los puntos de observación que adopte el analista. Un punto de observación puede ser la escala (nacional o global), otro lugar puede ser las interacciones de poder y jerarquía que se presentan entre los sistemas jurídicos que convergen, y una

²³ Uno de los problemas más álgidos en esta discusión sobre la estructura de los sistemas jurídicos es el de la diferenciación entre *principios jurídicos* y *reglas jurídicas*. Se requiere ubicarse en el debate positivista - ius-naturalista para entender cómo se han acercado los doctrinantes a la definición de “principios” (Dworkin, Alexy) o disposiciones (Raz) en oposición a las reglas (Kelsen; Hart). Las reglas son mandatos definitivos (todo o nada”) que regulan de forma cerrada, completa e imperativa las situaciones a las que se refieren, mientras que los principios o disposiciones son mandatos de optimización o mandatos generales y abiertos, que regulan en la medida de lo posible una situación determinada pues proponen directrices u orientaciones para aplicar o interpretar el derecho.

Para situar la distinción entre ambos preceptos, la teoría ha explicado dos escenarios en el terreno de la aplicación del derecho: el primero remite a la decisión que toman los jueces enfrentados a los llamados “*casos fáciles*”, aquí simplemente actúan como operadores del sistema normativo, encontrando la norma que regula el caso de manera directa y precisa mediante el método de la subsunción. En el escenario de los “*casos difíciles*” para los cuales no hay norma aplicable inmediatamente, dada la existencia de lagunas o vacíos de contenido o interpretación, se vuelve problemática la aplicación del derecho porque el juez trasciende el papel puramente operativo para ubicarse en un rol de creador del derecho, apelando a principios jurídicos, sociológicos, morales o de otra índole que sólo dan pautas para la decisión.

La cuestión más debatida frente a los “casos difíciles” es hasta dónde es permisible la creatividad del juez, sin incurrir en una completa subjetividad. Para la perspectiva formalista, la noción de los principios contraría una de las bases fundamentales del Estado de Derecho, cual es la división e independencia de los poderes públicos.

posibilidad más se puede dar alrededor de los sujetos que crean y reproducen cada sistema de justicia, y su nivel de adhesión o distanciamiento del derecho hegemónico.

De Sousa Santos (2009: 52), por ejemplo, plantea la variable de la cartografía simbólica de la escala como herramienta para el estudio y proyección del derecho. Según él, el estudio del derecho se ha realizado únicamente en la escala del Estado nacional, dejando de lado el hecho de que existen dimensiones mayores (internacional, mundial) y escalas locales menores (barrio, escuela, pueblo, fábrica, etc.); de suerte que es necesario reconocer que existe un pluralismo jurídico infra-estatal y otro supra-estatal.

Será posible sostener la centralidad del derecho estatal cuando el análisis se hace sobre el campo jurídico a una escala nacional, pero tal centralidad varía necesariamente cuando se cambie el tamaño de la escala, lo que supone arribar a una mirada más compleja del pluralismo jurídico (Ardila: 2002, 60).

Arnaud y Fariñas (1996: 279 y ss) propusieron un marco analítico para diferenciar tres formas o modelos de poli-sistemia jurídica (entendida como el encuentro de varios sistemas regulatorios): sucesiva, disyuntiva y simultánea. El primer modelo de poli-sistemia ocurre cuando un derecho emergente sucede o cambia el derecho o sistema regulatorio anterior dentro de un Estado-nación (verbigracia, un cambio constitucional profundo tras una revolución). El segundo modelo explica la existencia de tantos derechos como Estados-naciones coexisten en un espacio geopolítico (por ejemplo, en el marco de la Organización de Estados Americanos); y el tercer modelo de poli-sistemia simultánea es el que tiene mayor identidad con la idea del pluralismo jurídico pues concibe la coexistencia de sistemas jurídicos divergentes en un mismo tiempo y lugar. El campo de la justicia global corporativa del que me ocupo aquí, podría encuadrarse en este último modelo, dado que planteo que al lado de las estructuras propias del derecho público estatal e interestatal prosperan otras instancias y órganos que funcionan sobre la base de normativas tipo *soft law* para el tratamiento de los mismos conflictos o asuntos.

Esta teoría no considera suficientemente las tensiones que se presentan en la concurrencia o cohabitación entre los sistemas jurídicos. Es usual que uno de ellos adquiera la denominación de “derecho” (el derecho estatal o el derecho metropolitano), y los demás se

perciban de manera subordinada.. Se valida aquí la tiranía del derecho occidental que pretende una centralidad (Ardila: 2002, 56).

Otra representación del pluralismo jurídico se encuentra en la corriente del derecho insurgente o derecho alternativo desarrollado en varios países de América Latina.²⁴ Esta tendencia aporta mayores elementos conceptuales para reconocer las contradicciones intrínsecas entre los sistemas jurídicos que coexisten en un espacio geopolítico. Se considera que en los sistemas jurídicos no estatales se decanta y acumula jurídicamente un nuevo orden político y social, que tiene como sujeto histórico a los movimientos sociales que impulsan un proyecto emancipador de la sociedad. Desde esta posición se concibe entonces que hay un pluralismo en el cual se logran reconocer sistemas jurídicos proclives al mantenimiento de las relaciones de poder vigente (centralistas y conservadores) y sistemas jurídicos progresistas con vocación de transformación de las relaciones de dominio.

En la propuesta o modelo de representación del pluralismo jurídico en sociedades periféricas que hace el jurista brasileño Carlos Wolkmer (2003; 2014), es clara esa distinción entre pluralismos conservadores y alternativos. Sostiene que en las sociedades periféricas capitalistas de América Latina se presenta la dualidad entre “pluralismo jurídico estatal” y “pluralismo jurídico comunitario”. En el primero, el pluralismo es reconocido y controlado por el Estado que permite la presencia de varios campos sociales de regulación semi-autónomos con relación a su poder centralizador; del mismo modo permite múltiples sistemas jurídicos que funcionan vertical y jerárquicamente a través de grados de eficacia determinados, siendo el estatal el de mayor positividad y cierre para poder dirimir conflictos de competencia. Los sistemas jurídicos no estatales ocupan un papel residual o complementario, pudiendo ser minimizada su competencia o incorporada por la legislación estatal. En cuanto al pluralismo jurídico comunitario estima Wolkmer que éste actúa en un espacio formado por fuerzas sociales y sujetos colectivos con identidad y autonomía propias, subsistiendo al margen del control estatal.

En el pluralismo jurídico propuesto por este autor, es importante resaltar que los sistemas jurídicos coexistentes ejercen una función ideológica instrumental de tipo conservador o de

²⁴ Entre sus exponentes se encuentran Miguel Preessburger, Daniel Rech, Oswaldo Alenzar Rocha y Antonio Carlos Wolkmer (Souza: 2001).

tipo emancipatorio (Wolkmer: 2003, 8). La función conservadora se asocia al pluralismo jurídico que deviene de los proyectos de posmodernidad y neo-colonización, que sirven a la concentración agresiva del capital por parte de los países centrales en la globalización. Las condiciones de existencia de este pluralismo jurídico conservador se encuentran en el modelo de acumulación flexible de la globalización, en la americanización del derecho internacional, en el debilitamiento de los Estados nacionales y en la crisis de la clase asalariada.

Contrariamente el pluralismo jurídico emancipador posee un carácter democrático y progresista al estar representado por sujetos colectivos que han asumido el desafío de construir una nueva hegemonía, basada en la defensa de los bienes comunes, en la participación, en los derechos de las minorías, en el derecho a la diferencia, en la autonomía y en tolerancia política. Por lo mismo, este pluralismo no puede estar basado en una visión instrumentalista del derecho sino en la reconstrucción de la esfera jurídica que resulte de las prácticas sociales insurgentes, o sea, de normas y políticas que busquen la satisfacción de las necesidades de la sociedad, en el marco de una ética de la solidaridad y de una razón emancipatoria.

Otra forma de representación del fenómeno del pluralismo jurídico es la que se encuentra en la obra de Boaventura De Sousa (2000: 253 y ss). Analiza el sociólogo portugués que el campo jurídico del mundo capitalista históricamente se estructura como un sistema pluralista en el que se reconocen seis espacios de poder y producción del derecho: doméstico, productivo, mercantil, comunitario, ciudadano y mundial. Algunos de esos espacios reproducen formas de dominación social, a través de discursos burocráticos, coercitivos y retóricos, mientras que en otros ocurren procesos de autonomía y emancipación social.

La dimensión coercitiva del discurso jurídico se refleja en la capacidad simbólica y real de sanción con que cuentan los operadores de cada sistema jurídico frente al conjunto de la sociedad, siendo más visible este poder en el espacio nacional, pero también en el poder sancionador con que cuentan tribunales internacionales de protección de derechos humanos, y los procedimientos de solución de controversias asociados a organizaciones internacionales como la OMC, el CIADI o la Corte Permanente de Arbitraje de Naciones

Unidas, o incluso espacios de arbitramento privado²⁵. La dimensión retórica alude a la capacidad de persuasión con que actúan los operadores frente a las partes de un conflicto, con la finalidad de la reconstrucción permanente del consenso social. Y la dimensión burocrática se refiere a la organización de competencias y de técnicas de demostración que se usan en las prácticas jurídicas. .

En el pluralismo jurídico -nacional y supraestatal- los sistemas coexistentes combinan con diferente grado de intensidad los tres discursos (De Sousa Santos: 1991: 76 y ss); Por ejemplo, en el seno de Naciones Unidas, es claro que en el Consejo de Seguridad domina el discurso de la coercibilidad por influencia de los Estados Unidos, mientras que en el espacio de la Asamblea General existe mayor propensión a la retórica. En los espacios de la justicia global corporativa que analizo en esta monografía, predominan sin duda los discursos retóricos y burocráticos que les otorgan un marcado carácter simbólico, a partir del cual los agentes de la globalización económica reproducen y justifican su poder, manipulando los estándares de protección de los derechos humanos en favor de los proyectos de desarrollo que defienden. .

Conviene aclarar el concepto de lo “alternativo” en relación con el pluralismo jurídico. Es común encontrar en la teoría socio-jurídica expresiones como “pluralismo jurídico alternativo”, “emancipador” o “desde abajo”, en oposición a un pluralismo jurídico hegemónico y conservador (Wolkmer: 2003). Una cuestión clave para observar en este punto, es que se dice que todos los sistemas jurídicos que existen al lado del derecho estatal o del derecho público internacional, son alternativos. No obstante, el significado de lo “alternativo” no se agota en ocupar una posición paralela al derecho oficial, sino que tiene un importante contenido político: por un lado, algunos sistemas jurídicos coexistentes son conservadores del *statu quo* estatal (y de las relaciones capitalistas), pues no pretenden cambiarlo y a lo sumo buscan complementarlo o suplantarlos en algunas de sus funciones reguladoras; tal es el caso del derecho que se produce a instancias de la OMC (Tole: 2014). Pero por otro lado, se pueden hallar también sistemas jurídicos alternativos al derecho estatal vigente, que buscan reemplazarlo y transformarlo para que ciertas comunidades tengan auto-determinación y justicia, por lo que se les califica como alternativos o emancipadores.

²⁵ Por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional, La Cámara de Comercio de Estocolmo o la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (Bas Vilizzio: 2018, 163).

Carvalho (1993) en este sentido escribió:

...no se puede caer en el error de reconocer por democrático cualquier derecho 'alternativo', puesto que algunos concretan la barbarie y son más crueles que ciertos derechos que emergen de estados dictatoriales, solamente se puede dar efectividad a aquel derecho ...que resume conquistas democráticas, que ambiciona una sociedad más igualitaria (y, por consiguiente, más justa), que tiene por finalidad establecer el poder creador del derecho por parte de la sociedad en búsqueda de la superación de la opresión/dominación, teniendo como horizonte la utópica vida digna y en abundancia para todos (Carvalho: 1993, 15).

Esta distinción entre pluralismo jurídico alternativo de carácter conservador y pluralismo jurídico alternativo de tipo emancipatorio es fundamental a la hora de caracterizar los sistemas jurídicos de la globalización que abordará este estudio más adelante.

2.1.3. Cartografía del pluralismo jurídico global

Para los propósitos de la investigación interesa explorar ahora diferentes expresiones jurídicas del pluralismo que caracteriza al derecho global, donde cohabitan muchos espacios que están tramitando en términos políticos y jurídicos conflictos socio-ambientales y de derechos humanos de comunidades afectadas por proyectos de desarrollo, algunos al margen del derecho estatal e interestatal. Para esto se propone la siguiente cartografía:

Cuadro 1. Cartografía del pluralismo jurídico global

| Pluralismo Jurídico | Conservador o “desde arriba” | Progresista, emancipatorio o “desde abajo” |
|-----------------------------|---|---|
| Ámbito nacional | <ul style="list-style-type: none"> -Formas de arbitramento comercial. -Comisiones de regulación de servicios públicos. -Espacios y guías administrativos transnacionalizados: ministerios, contratación pública, etc. (Martínez: 2018). | <ul style="list-style-type: none"> -Justicias indígenas, afrocolombianas y comunitarias. -Tribunales éticos de opinión. -Mecanismos alternativos de solución de conflictos: casas de la justicia, jueces de paz, conciliación en equidad, etc. |
| Ámbito internacional | <ul style="list-style-type: none"> (i) El Órgano de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC). (ii) El Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial o la Corte Internacional de Arbitramento de la ONU (iii) El arbitramento privado comercial y de inversiones²⁶. | <ul style="list-style-type: none"> -Tribunal Permanente de los Pueblos. -Tribunal Latinoamericano del Agua. -Foro Social Mundial. |

²⁶ Entre las instancias internacionales que realizan arbitramento internacional de inversiones y de otro tipo, al abrigo de la Convención de New York de 1959 se encuentran: la Cámara de Comercio de Estocolmo, la Cámara de Comercio Internacional de París, el Tribunal de Arbitraje Internacional

(iv) Los mecanismos de rendición de cuentas de los bancos multilaterales de desarrollo (Lacuisse: 2017): son diecisiete mecanismos independientes de rendición de cuentas de los bancos de desarrollo (8 funcionan en América Latina), entre ellos: el Panel de Inspección del Banco Mundial; la Oficina del Ombudsman y Asesor en materia de Observancia (CAO, por su sigla en inglés) del Banco Mundial; el Mecanismo Independiente de Investigaciones (MICI) del Banco Interamericano de Desarrollo, entre otros.

(v) Los Puntos Nacionales de Contacto de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE).

(vi) Algunos procedimientos especiales de las Naciones Unidas.

Fuente: elaboración propia.

La globalización del capitalismo es un proceso esencialmente conflictivo en el que se enfrentan visiones ortodoxas y alternativas sobre el desarrollo o sobre el bienestar de las sociedades (Herreño: 2008). Esos conflictos crecientes explican en buena parte el surgimiento de una *gobernanza global*, comprendida como las múltiples maneras en que actores internacionales, públicos y privados, han buscado manejar asuntos comunes y diferencias entre ellos, buscando acomodar intereses diversos y contradictorios, a través de formas de cooperación unas veces, y en otras a través de la solución de las controversias por vía consensual y o por vía coactiva; piénsese en el arbitraje internacional (Rey: 2013), o en las soluciones de la responsabilidad social empresarial (Albareda: 2009)²⁷.

de Londres, el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de la Asociación Americana de Arbitraje, el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur y el de Hong Kong. Los arbitrajes de inversión se llevan a cabo por lo común según las reglas del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial, o de las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) (Ver: Hernández Cervantes: 2014).

²⁷ La responsabilidad social empresarial (RSE) es una de las manifestaciones políticas adoptadas por la gobernanza global en las últimas décadas, siendo impulsada por élites empresariales neoliberales, por instituciones internacionales como las Naciones Unidas y por organizaciones y agencias privadas (Albareda: 2009). La RSE se ha institucionalizado y expandido para gestionar los impactos sociales y ambientales negativos de la actividad empresarial, teniendo en cuenta que las actividades corporativas se han trans-nacionalizado a través de cadenas de producción y subcontratación complejas por el mundo. La RSE surge para llenar el vacío sobre el gobierno de la actividad económica en el contexto internacional, pues en el espacio nacional siguen teniendo los Estados la capacidad regulatoria (ahora uniformizada por las reglas dictadas a través de la OMC, de la OCDE o de los tratados regionales o bilaterales de libre comercio). Ante el vacío legal transnacional para regular las actividades corporativas, son las élites empresariales y de la gobernanza global las que dictan las reglas para que las empresas puedan funcionar y estructurar los mercados que son de su interés. La gobernanza de la RSE expresa el papel político de las empresas y se caracteriza por la auto-regulación y las iniciativas tipo *multistakeholder*. En estas

La gobernanza incluye tanto instituciones formales y regímenes con poder para imponer obediencia, como arreglos informales y concertaciones entre los agentes participantes (Albareda: 2009). Verbigracia es parte de la gobernanza los procedimientos coactivos que usa el CIADI o el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, como los procedimientos voluntarios asociados a la responsabilidad social empresarial tipo Pacto Global de las Naciones Unidas o Directrices para Empresas Transnacionales y Derechos Humanos de la OCDE), o como en nuestra investigación, los mecanismos de la justicia global corporativa.

Los conflictos socio-ambientales y de derechos humanos que provoca la globalización económica están relacionados con los proyectos de desarrollo que promueven las instituciones de la gobernanza económica internacional, los agentes inversionistas y las empresas transnacionales en varios campos: los proyectos minero-energéticos, los agro-empresariales y los de construcción y desarrollo de infraestructura y de transportes.

Muchos de estos proyectos han llevado al límite la capacidad de sustentabilidad de los ecosistemas y recursos naturales de los lugares donde se desarrollan, precarizando los medios básicos de subsistencia de las comunidades locales. No por nada se dice que estamos ante una verdadera crisis de civilización que amenaza la pervivencia en el planeta, lo que exige un nuevo paradigma basado en la construcción y defensa de los bienes comunes de la humanidad (Houtart: 2013).

Con la multiplicación de los conflictos socio-ambientales y de derechos humanos en el mundo, simultáneamente hay una creciente institucionalización de instancias inter-estatales, privadas, mixtas y sociales que pretenden encausar jurídica y políticamente los conflictos *de* y *en* la globalización.

En el marco de las relaciones internacionales hay dos posiciones o modelos ideales sobre quiénes son los sujetos del derecho internacional que pueden actuar, adquirir derechos y obligaciones y ser partes en los litigios, son: el modelo relacional y el modelo institucional,

últimas, varios actores de una actividad económica se ponen de acuerdo en las reglas privadas de transparencia y actuación frente a su sector productivo, con miras a ganar legitimidad o credibilidad entre los consumidores y frente a las comunidades donde actúan; entre ellas se pueden mencionar: el *Forest Stewardship Council* (que señala reglas para los productos provenientes de los bosques); el *Roundtable for Sustainable Palm Oil* (para los productos provenientes del aceite de palma) o la *Extractive Industries Transparency Initiative* (para operaciones de las empresas extractivas).

difícil encontrarlos hoy químicamente puros. El modelo relacional concibe un sistema internacional donde sólo son actores los Estados soberanos, existiendo una horizontalidad en la dialéctica entre poder y derecho. En el modelo institucional se concibe que además de los Estados actúan las organizaciones internacionales y los sujetos particulares, existiendo relaciones de subordinación y verticalidad tanto de derecho como de poder entre ellos; piénsese por ejemplo cuando un Estado puede ser demandado mediante un procedimiento arbitral por una empresa extranjera ante el CIADI (Bas: 2018, 164), o cuando un conflicto de derechos humanos causado por la inversión desatinada de un banco de desarrollo, puede ser resuelta por un panel de expertos particulares.

Esa diferenciación entre el modelo relacional e institucional es idealista, pues las relaciones internacionales son esencialmente híbridas; es decir, interactúan diferentes sujetos estatales y no estatales respecto de asuntos que son de mutuo interés. En la discusión sobre la gobernanza *de* y *en* la globalización también se presenta una distinción similar a la de los modelos relacional e institucional. Se dice que hay un enfoque integrador y otro enfoque poli-céntrico respecto a la gobernanza, y en particular frente a los esfuerzos de regular las actividades de las empresas multinacionales desde una perspectiva de derechos humanos. El enfoque integracionista confía que la regulación de las fuerzas de la globalización se haga solo por vía del derecho estatal (nacional e internacional), mientras que el enfoque poli-céntrico reconoce y legitima que existen varios núcleos de regulación en el mundo, o un pluralismo jurídico global (Rodríguez Garavito: 2018, 43).

La cartografía presentada en el Cuadro 1 bosqueja una gobernanza poli-céntrica, funcional a la globalización neoliberal liderada por las empresas multinacionales y los inversionistas. Una cuestión inquietante es que en esa apertura de espacios de justicia donde se dirimen problemáticas de derechos humanos, los actores del modelo institucional o poli-céntrico estén ganando mayor cobertura, con niveles precarios de eficacia y protección de los derechos de las comunidades afectadas, como se demostrará más adelante. El dilema que surge es si debe entonces seguirse insistiendo en la aplicación de los estándares y procedimientos del derecho convencional público para la protección de derechos humanos frente a los crímenes que cometen los agentes de la globalización económica, cuando aún no existe responsabilidad penal de las personas jurídicas, ni en el nivel doméstico ni en los tribunales internacionales.

Por ahora, se describe cómo está estructurado el pluralismo global poli-céntrico. De manera general se pueden identificar tres grandes espacios de tramitación de conflictos en el amplio pluralismo jurídico global²⁸ : los espacios político-institucionales, los espacios jurídicos y/o contenciosos y los espacios sociales e institucionales alternativos (de tipo conservador y progresista).

(i) *Los espacios político-institucionales*: se pueden definir como los foros inter-gubernamentales en los cuales los Estados discuten problemas y temas de la gobernanza o mundial o regional, con la pretensión de llegar a acuerdos sobre su regulación o sobre políticas internacionales unificadas para tratarlos; se emiten en esos foros declaraciones, resoluciones, compromisos y obligaciones con diferente grado de vinculación. Son ejemplos, las Naciones Unidas, el llamado G-20 y el Foro Económico Mundial, y a nivel regional y subregional, la Organización de Estados Americanos, la Comunidad Andina de Naciones, Unasur, Mercosur y la Cumbre de las Américas, entre otros similares.

(ii) *Los espacios jurídicos y/o contenciosos*: son las instancias que dan respuestas a los conflictos de la globalización a partir de la aplicación de instrumentos jurídicos ratificados por la comunidad de Estados o a nivel del derecho nacional; por lo mismo funcionan con base en criterios convencionales de tipo *hard law*, donde están claramente adjudicados derechos y obligaciones, procedimientos y formas de sanción con pretensión de eficacia. Aquí se ubican los tribunales nacionales y los tribunales internacionales de justicia y de protección de derechos humanos²⁹; también espacios multilaterales jurídicamente

²⁸ Coleman y Perl (1999) han identificado como nuevos espacios de negociación política (*policy-making*) más allá de los Estados-nación, cuatro contextos internacionalizados: (i) el de la gobernanza multinivel (modelos complejos de relaciones supranacionales y nacionales como los de la Unión Europea o la OMC); (ii) las negociaciones intergubernamentales (la OCDE); (iii) los de auto-regulación y regímenes privados (responsabilidad social empresarial que incluye -a mi juicio- a los mecanismos de la justicia global corporativa que estudio en este trabajo); y (iv) la *loose couplings* (que son espacios de la gobernanza totalmente trans-nacionales y desvinculados de temas locales, conformados por actores que negocian temporalmente asuntos globales, como el Foro Económico Mundial de Davos).

²⁹ En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tanto la Comisión como la Corte han admitido que tienen límites sobre competencia y jurisdicción para pronunciarse sobre conductas de terceros no estatales en casos de violaciones de derechos humanos. En este sentido, ambos órganos han debido asumir un papel conservador alrededor de la responsabilidad corporativa y de la responsabilidad de otros actores no estatales cuyas conductas están involucradas en violaciones de derechos humanos, con ello han evitado contradicciones lógicas respecto a su funcionamiento. Sin embargo, explica el jurista Carrillo Santarelli (2017: 100), que tanto Comisión como Corte han seguido tres estrategias indirectas para afirmar que los actores no estatales incurren en abusos: "a) condenar en términos simbólicos y no jurisdiccionales conductas no estatales; b) advertir sobre la existencia de responsabilidades no estatales en pronunciamientos no contenciosos, como en las

estructurados para la solución de pleitos nacidos de las relaciones comerciales entre Estados y de los Estados con inversionistas extranjeros (siendo los organismos internacionales más influyentes en estos asuntos, el Órgano de Solución de Controversias de la OMC y el CIADI).

Buena parte de los conflictos de la globalización económica ocurren y se tratan en sede nacional. El derecho doméstico trata con limitaciones poner coto a los desafueros de los agentes de la economía global, blindados con múltiples garantías recogidas en tratados de libre comercio o de protección a las inversiones, en contratos de estabilidad jurídica y en convenios de homologación regulatoria (como las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –UNCITRAL-), instrumentos todos que supeditan la eficacia del derecho interno a los anclajes de esa globalización (Sassen, 2010b); pero además estos agentes (inversionistas y empresas) gozan de enormes márgenes de impunidad al no existir aún un tratado vinculante para juzgar los crímenes imputables a sus operaciones, al persistir vacíos de regulación frente a tres cuestiones muy debatidas y de difíciles consensos: la responsabilidad jurídico-penal de las corporaciones, la extra-territorialidad de los instrumentos jurídicos para la protección de los derechos humanos y el papel del *soft law* (Cantú: 2018, 61 y ss; Rodríguez Garavito 2018, 29 y ss), asuntos a los que nos referimos en breve.

(iii) *Los espacios sociales e institucionales alternativos*: se ubican aquí diferentes mecanismos e instancias alternativas a las instituciones del derecho público (nacional e internacional), que tienen naturaleza privada o mixta y que tramitan conflictos de derechos humanos en el escenario global desde hace dos décadas. Los individuos y comunidades afectadas en sus derechos están activando directamente estos mecanismos cada vez con más frecuencia, entre otras razones por las dificultades de acceso y por la falta de confianza que tienen en la administración de justicia, tanto nacional como internacional. Coadyuva a esta proliferación de espacios alternativos (sociales e institucionales) de tramitación de conflictos, las cada vez más complejas reclamaciones realizadas por organizaciones sociales y no gubernamentales que buscan soluciones prontas a problemas locales, sin recurrir a los sistemas jurídicos estatales que consideran poco eficaces, inaccesibles y morosos, mientras que conciben a las instituciones de la justicia global corporativa más

opiniones consultivas; o c) aclarar que los límites procedimentales sobre su competencia no excluyen la posible responsabilidad sustantiva de los actores no estatales”.

versátiles para atender sus denuncias (Clark; *et al*: 2003; Lacuisse: 2017). A modo de ilustración nos referimos a escenarios sociales alternativos de tipo emancipatorio (o “desde abajo”)³⁰ como los tribunales internacionales de opinión (o incluso el Foro Social Mundial) y a mecanismos de conciliación y justicia en equidad.

Pero igualmente en este escenario hay otros mecanismos alternativos aunque conservadores (“desde arriba”) como las instancias institucionales de rendición de cuentas *ad hoc* creadas por el Banco Mundial y por el Banco Interamericano de Desarrollo, y el mecanismo creado para el cumplimiento de las Directrices sobre Empresas y Derechos Humanos conocido como los Puntos Nacionales de Contacto de la OCDE, entre otros. Estos mecanismos funcionan como micro-sistemas de justicia corporativa para resolver casos de violaciones a los derechos humanos por causa de proyectos de desarrollo o por actividades empresariales.

Nuestra investigación se centra en adelante en este tercer espacio del pluralismo jurídico global para la tramitación de conflictos, específicamente revisará esos mecanismos institucionales de tramitación de casos de comunidades afectadas, que clasifico como parte del pluralismo jurídico conservador. Este pluralismo que es parte de la gobernanza neoliberal, estructura un campo jurídico funcional al desarrollo económico, en tanto regula de manera fragmentada y flexible los conflictos sociales originados por las acciones y omisiones de los agentes de la globalización económica (empresas e inversionistas), a través de mecanismos jurídicos de tipo corporativo *soft law* que se aplican al margen y, en muchas ocasiones, en detrimento de las formas de protección de los derechos humanos instituidas históricamente por el derecho público nacional e internacional.

2.2. HABITUS EN LA JUSTICIA GLOBAL CORPORATIVA

El pluralismo jurídico global como lo mostró el Cuadro 1 más arriba, hace referencia a un conjunto de instituciones y mecanismos de regulación y de solución de conflictos, que con diferente grado de coercibilidad, están distribuidos en los planos nacional e internacional.

³⁰ Seguimos para nuestra tipología los conceptos de pluralismo jurídico “desde abajo” (o emancipatorio) y “desde arriba” (conservador) del profesor Wolkmer (1993) y de la profesora Hernández Cervantes (2014a).

En el ámbito internacional han surgido una serie de mecanismos *ad hoc* creados por los bancos de desarrollo³¹ y otras instituciones de la gobernanza mundial, entre ellas, por la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE)³², con el fin de tramitar las denuncias de violaciones a los derechos de comunidades perjudicadas por proyectos de desarrollo.

Son precisamente estos espacios y mecanismos de justicia *ad hoc* creados por las instituciones de la gobernanza global y por los bancos del desarrollo con el fin de facilitar el acceso directo de las víctimas, y dirimir conflictos sociales y ambientales originados por los proyectos de desarrollo, los que conforman el campo jurídico de la *Justicia Global Corporativa*.

Desde 1992 estos microsistemas de justicia de tipo *soft law* han prosperado. Su rápida expansión consolidó en el año 2004 la Red de Mecanismos Independientes de Rendición de Cuentas, conformada por 19 mecanismos de diferentes instituciones financieras internacionales (IFIS) de todos los continentes (Red: 2017). Esta red ha logrado la armonización de políticas operativas, procedimientos y toma de decisiones para la tramitación de las reclamaciones que presentan las víctimas del desarrollo ante estas instancias, que de manera preocupante vienen resolviendo conflictos de derechos humanos desde criterios y prácticas de justicia con muy bajo nivel de eficiencia como se mostrará en el numeral 2.3.1 de esta tesis.

Para comenzar a des-construir lo planteado, hay que decir, en primera medida, que la aparición de todos esos mecanismos independientes de rendición de cuentas, cada uno de los cuales es un micro-sistema de administración de justicia que funciona según unos instrumentos normativos (directrices o reglas operativas) y unos procedimientos, no es un hecho episódico o de poca significación en el derecho internacional. Por el contrario, lo que se instala con esa red de mecanismos de rendición de cuentas de las IFIS, y con otros mecanismos similares adscritos a otras instituciones del desarrollo y de la gobernanza que atienden pleitos entre inversionistas y Estados, pleitos inter-estatales y pleitos entre

³¹ Por ejemplo, el Panel de la Sociedad Civil y la Oficina del Ombudsman y Asesor en Materia de Observancia (CAO, por si sigla en inglés) del Banco Mundial; y el Mecanismo Independiente de Consulta e Investigación (MICI) del Banco Interamericano de Desarrollo.

³² Son los Puntos Nacionales de Contacto.

ciudadanía afectada y empresas multinacionales, es un campo jurídico: el campo de la justicia global corporativa.

Un asunto relevante en el estudio de los mecanismos de la justicia global corporativa es analizar su funcionamiento a la luz del concepto de campo jurídico propuesto por Pierre Bourdieu (2000a; 2000b). Este esfuerzo choca sin embargo con la dificultad que el sociólogo francés realizó su propuesta teórica en consideración de un campo jurídico subsumido en la escala nacional, y dentro de lo que hemos llamado el mito del monismo jurídico. No obstante, la riqueza comprensiva de sus conceptos es útil para realizar un análisis articulado de las transformaciones del derecho que se dan en el pluralismo jurídico global descrito, una de cuyas manifestaciones es el campo de la justicia global corporativa.

La sociología práctica de Bourdieu entiende las realidades sociales como construcciones históricas de la experiencia de los actores (individuales y colectivos), cuyas prácticas tienden a substraerse a su control pues están configuradas en el pasado, aunque ellas se reproducen, apropian y transforman en el presente al ser incorporadas en su propio ser. . Tal pre-configuración se hace a través de un sistema de disposiciones estructuradas y estructurantes (*habitus*) que se constituye en la experiencia, y cumple funciones prácticas y adaptativas en los sujetos (Bourdieu: 1980/2007: 85). En su metodología, Bourdieu busca encontrar el sistema social oculto tras el orden simbólico y al contrario.

Es necesario partir de un bosquejo de los conceptos implícitos en el campo social para aplicarlos luego a la justicia global corporativa en tanto campo jurídico.

- ***El habitus jurídico***

Para Bourdieu la sociedad está dividida en campos sociales, cada uno estructurado según relaciones y posiciones de poder que lo dotan de su propia identidad y dialéctica, bien sea por la vía del conflicto o de la cooperación entre los agentes participantes. Los agentes buscan el predominio en su campo y a partir de sus propias posiciones sociales, entablando juegos entre ellos para hacerse con el control de los capitales objetivos y simbólicos disponibles (dinero, estatus, reconocimiento, poder, etc.).

El campo jurídico es un “espacio de batalla”, en donde agentes especializados luchan por la potestad de decir y decidir qué es derecho aplicable, o en otras palabras, cuál es la interpretación dominante de un cuerpo de textos normativos. El resultado de este juego será la mayor o menor cantidad de capital jurídico para los intervinientes, lo que se expresa en el tipo de orden que dominará a la sociedad (Bourdieu: 2000, 160).

En el campo jurídico existe un tipo de razón y trabajo especializado que identifica sus rasgos culturales, además de marcar la distinción entre los agentes y los “profanos”. El trabajo jurídico y la razón jurídica se orientan hacia finalidades prácticas de resolución de conflictos, entablándose en ese ejercicio una disputa abierta entre los agentes por “decir el derecho”, o en otro sentido, por determinar cuáles son las normas aplicables al caso concreto, y cuál es la interpretación correcta (o válida) para esta aplicación.

Este trabajo jurídico funciona a partir de los *habitus* inculcados culturalmente en los agentes participantes, que los usan de acuerdo a intereses determinados y según los órdenes jerárquicos a los que pertenecen. La disputa es por determinar el sentido o significación de la ley, proceso que se construye colectiva y complementariamente entre los agentes (parlamentarios, doctrinantes, jueces, abogados y usuarios), y según una cadena de legitimidad que sirve al uso del poder y al ejercicio de la violencia simbólica del Estado.

Bourdieu señala que el trabajo jurídico está fuertemente controlado (2000a). El derecho se encuentra sometido a una serie de premisas y procedimientos establecidos *a priori*, se refiere al principio de legalidad.

La incorporación de los *habitus* jurídicos se hace a través del consenso sobre lo que es y no es el derecho. Particularmente para el positivismo jurídico desprendido de la teoría de Kelsen, el derecho está contenido en la ley: el jurista que opera el derecho debe aceptarlo como el aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica o se tiene como contaminación subjetiva del derecho (Kelsen: 2000, 44).

La cultura jurídica positivista enraizada en el pensamiento de Kelsen y de otros teóricos, puede caracterizarse a partir de los principios del monismo jurídico³³. Estos principios³⁴ son la base de los *habitus* que integran al campo jurídico, presentes en la memoria colectiva de los agentes y en la sociedad.

El derecho está contenido en las normas validas creadas por el Estado, mientras se mantengan vigentes. Se percibe que el derecho es un universo autosuficiente, que excluye la existencia de vacíos jurídicos (o lagunas), por lo cual en el material normativo disponible, de acuerdo con un orden jerárquico de estructuración, puede encontrarse cualquier solución racional que demande la conflictividad social. La ley es un orden coercitivo que exige unos comportamientos típicos e impone unas sanciones, por lo cual al operador jurídico (juez) sólo le resta ser “la voz de la ley”, en el sentido descrito por Montesquieu; sin necesidad de recurrir a justificaciones extra-jurídicas. El razonamiento lógico-deductivo es el procedimiento que hace posible la aplicación de la ley al caso concreto, mediante la elaboración de un silogismo perfecto.

³³ También denominado como dogmática tradicional o corriente formalista-normativista.

³⁴ Estos principios son: 1) El principio de la unicidad: el derecho es uno solo, único; no hay más derecho que el positivo. 2) El principio de la estatalidad: el Estado es el único órgano creador de derecho. 3) El principio de la racionalidad: el derecho es fruto de una elaboración racional, de naturaleza científica y sus expresiones normativas están dotadas de una estructura racional, como ley, ordenamiento y decisión. 4) El principio de la legitimidad: la legitimidad del derecho radica en el propio derecho, prescindiendo de fundamentaciones meta-jurídicas. La relación entre derecho y legitimidad es tautológica: el derecho es legítimo porque es derecho y derecho porque es legítimo. 5) El principio del primado de la ley: la ley es la principal fuente del derecho y también la que determina, reconoce y autoriza la utilización de otras fuentes. 6) El principio del ordenamiento: el derecho conforma un sistema, un conjunto de normas de conducta organizadas según los principios de la lógica formal: identidad y no contradicción. 7) El principio de la plenitud del orden jurídico: las normas jurídicas constituyen un universo significativo autosuficiente, del cual se pueden inferir, por actos de derivación racional, soluciones para todos los tipos de conflictos normativos. 8) El principio de la autonomía significativa de la ley: la ley tiene su propio significado normativo originario, el cual se impone al entendimiento del jurista, cuyo trabajo consiste en “descubrir” o revelar este significado. 9) El principio de univocidad significativa de la ley: la ley tiene un significado unívoco y preciso. 10) El principio de sujeción (corolario del principio de autonomía): la función de los operadores jurídicos es reproducir el significado autónomo de la ley, sin ningún margen arbitrario. 11) El principio de la semántica: el significado autónomo y unívoco de la ley corresponde a un referencial semántico, tal como “voluntad de la ley”, “intención del legislador”, “la soberanía popular”, etc. 12) El principio de la subsunción: la aplicación de la ley es una tarea racional, a través de la cual el juez, mediante la aplicación de reglas de cálculo lógico, obtiene ciertas conclusiones lógicamente derivadas de las premisas normativas... (Souza: 2001, 215 y 216).

Esta concepción del formalismo jurídico tiene dos impactos frente a las prácticas de los agentes. El primero, que la lucha por decir el derecho oscila entre sujetarse estrictamente al texto normativo (exégesis) o interpretarlo, eventualmente para encontrar su sentido oculto cuando las normas no subsumen claramente el caso, o practicar una lectura contextual o integradora de las normas. El segundo impacto es que el formalismo normativo define claramente los *habitus* que determinan las prácticas de los agentes, esto a través de la inculcación de esquemas permanentes de representación y acción que los disciplinan, reproduciendo y naturalizando a la cultura jurídica dominante. Los juristas tienen impreso en su cuerpo, en sus actitudes y pensamientos las disposiciones (o *habitus*) que les permite actuar con solvencia en el proceso³⁵, incluso sintiéndolas como un poder coactivo (violencia simbólica).

Bourdieu (1991) concibe que el derecho es resultado de un prolongado trabajo de sistematización y de producción de racionalidad, que constituye un universo en el que se juega de una forma determinada y según unas reglas predispuestas. Juego al que no se entra si no se tiene la competencia (cultura jurídica). En suma, si no se ha adquirido la disposición o *illusio*, no existe la creencia en el juego ni se le concede un valor para ser jugado. La identidad en este campo está dada por una naturaleza normativa y deontológica, o sea, opera según reglas de conducta que determinan lo permitido y lo prohibido, cuestión que debe ser dilucidada en cada caso por los agentes.

De entrada, tener o no competencia jurídica marca la diferencia entre expertos y profanos, pues sólo los que conocen lenguaje jurídico y el procedimiento, tienen acción. La interpretación y la aplicación del derecho suponen experticia, lo que conlleva a otra tensión entre teóricos y prácticos.

Bourdieu entiende que en el marco del formalismo, la coexistencia de una pluralidad de normas interpretables es excluida, pues sólo tienen validez las normas reconocidas por el

³⁵ Los clásicos definieron que el derecho es el "proceso. El proceso entendido como el conjunto de pasos orientados a la consecución del fin jurisdiccional, cual es resolver los conflictos y mantener la convivencia pacífica. El proceso es el medio idóneo que concentra el cúmulo de actos de la conducta jurídica, para dirimir imparcialmente, mediante un juicio de la autoridad, y de acuerdo con las normas dictadas por el legislador, un conflicto de intereses (Coutere: 1958; Carnelutti: 1994). El proceso determina la autoridad y los espacios (jurisdicciones), los tiempos (etapas y oportunidades), las materias o asuntos (competencias) y las acciones (recursos o armas que se pueden utilizar), todo lo que determina la praxis de las partes involucradas en un litigio.

orden jurídico (monismo legal). Si bien existen escuelas de interpretación jurídica³⁶ y esos diversos enfoques le dan sentido a las luchas entre los agentes en el interior del campo, los intérpretes no gozan de libertad total de acción sino actúan dentro de un cuerpo cohesionado de instancias y rutinas jerarquizadas.

El disciplinamiento para los agentes en el campo jurídico no sólo deviene de la norma positiva sino también de los precedentes judiciales (la jurisprudencia), que atan igualmente las decisiones a conceptos de autoridad previos y consensuales, reforzados por una estructura del campo perfectamente jerarquizada que garantiza adhesión y la obediencia. Carlos Nino (1994) concibe así el derecho como una obra colectiva construida a lo largo de generaciones, que impone una racionalidad común y limitante de la subjetividad individual de los jueces. Quien pretenda separarse de esa racionalidad en cadena, debe hacer un esfuerzo argumentativo óptimo para demostrar que su perspectiva es mejor a aquella construida en la labor colectiva.

El estudio del derecho desde un punto de vista externo, permite reconocer dos concepciones antagónicas: la formalista y la instrumentalista (Bourdieu: 2000a); la primera afirma una autonomía absoluta de la forma jurídica en relación al mundo social, y la segunda percibe el derecho como un simple reflejo o una herramienta al servicio de los poderes dominantes.

Ambas posiciones son insuficientes para explicar la naturaleza del campo jurídico: la formalista no tiene en cuenta los condicionamientos históricos, sociales y económicos que pesan sobre los discursos y agentes jurídicos, ni reconoce las lógicas internas presentes en las doctrinas; y la perspectiva instrumentalista, soslaya las dinámicas intrínsecas del campo jurídico. Por esto el papel de la sociología en este campo, debe concretarse en explicitar el orden simbólico de las normas y de las doctrinas, y el orden de las relaciones objetivas existentes entre los agentes y entre las instituciones que se disputan la tarea de “decir el derecho”.

³⁶ Algunas formalistas (o de culto al texto de la ley) como: la escuela de la exégesis y la jurisprudencia de los conceptos. Otras son anti-formalistas: el realismo anglosajón, el movimiento del derecho libre, la jurisprudencia de intereses y la escuela sociológica, que en general sostienen que las decisiones que toman los jueces no pueden desligarse del contexto ni de la referencia a derechos naturales, que son anteriores y superiores al Estado; por lo mismo, las decisiones están permeadas y apoyadas por valores, intereses y fines que toma el operador judicial del mundo social.

La lucha en el campo jurídico no es por la eficacia de las normas o por el valor de la justicia sino por el monopolio de decir qué es el derecho; batalla ligada a los intereses de los diferentes agentes y a sus posiciones dentro de este campo y dentro del campo social, factores que sin embargo no aparecen explícitos en las pugnas, por lo cual el campo jurídico está atravesado por densos niveles de hipocresía. Es por esto que las disputas jurídicas se muestran ascéticas a las luchas sociales:

La rivalidad por el monopolio del acceso a los recursos jurídicos heredados del pasado contribuye a hacer más profunda la separación social entre los profanos y los profesionales, favoreciendo un trabajo continuo de racionalización que es adecuado para incrementar cada vez más la separación entre las sentencias cargadas de derecho y las instituciones ingenuas de la equidad, y para hacer, por otra parte, que el sistema de normas jurídicas aparezca a aquellos que las imponen y también, en mayor o menor medida, a aquellos que las padecen, como totalmente independientes de las relaciones de fuerza que sanciona y consagra (Bourdieu: 2000b, 160).

En la realidad son los dominadores quienes imponen el derecho como una conquista social que adquiere legitimidad sobre la base de la creencia de ser válido y justo, hecho que lo dota de su fuerza simbólica.

La homología de estructura entre la producción ideológica y la lucha de clases es la que permite la función simbólica del discurso dominante (estructurado y estructurante), que hace aparecer como natural el orden de imposición social y los esquemas mentales de representación y sentido práctico. El campo jurídico con su cultura de la legalidad, es un ensamble poderoso dentro del sistema, pues domestica los conflictos sociales y ayuda a reproducir la dominación.

La lógica del campo jurídico se nutre de dos fuentes básicas: las relaciones de poder específicas entre los actores, que le dan al campo su estructura y ordenan los conflictos; y la lógica interna de funcionamiento jurídico con base en normas y doctrinas que continuamente limitan el rango de posibilidades de acción, y las soluciones mismas que se proveen allí (Haotzager: 2006, 139).

En el primer aspecto, el de las relaciones de poder entre los actores, hay que plantear que en el derecho público estatal e interestatal de los derechos humanos las partes están perfectamente definidas: de un lado, está el Estado demandado (agentes estatales presuntos responsables de las violaciones) y su defensa, y del otro lado se encuentran las

víctimas y sus representantes, que someten el conflicto ante un tercero imparcial (juez o tribunal), bajo un principio general de igualdad procesal y debido proceso. Contrariamente en la justicia global corporativa el principio de imparcialidad se desvanece pues las decisiones sobre los casos terminan siendo proveídas por las mismas instituciones demandadas.

Tras los principios del monismo jurídico (descritos atrás) se incuban los *habitus* de los agentes y las representaciones simbólicas que mantienen integrado al sistema. El acatamiento de las reglas y de los procedimientos es imperativo, dando previsibilidad a la actuación de las partes y a las decisiones de la administración de justicia; la homogeneidad regulativa se traduce en seguridad jurídica.

Contrasta el campo de la justicia global corporativa donde la regularidad normativa y procedimental debilita, facilitando que todos los dispositivos para solucionar las controversias funcionen con una lógica no vinculante³⁷. Las partes no están condicionadas por etapas procesales definidas y preclusivas, sino se atienen a un orden flexible de actuación, en el que en toda circunstancia, son las élites empresariales y de las élites de las instituciones financieras del desarrollo, las que paradójicamente deciden, haciendo valer sus capitales simbólicos (de predominio económico, cultural y político) frente a los demandantes. Las comunidades demandantes ponen en juego capitales simbólicos de tipo político, que dependiendo del nivel y calidad de las alianzas alcanzado a nivel internacional, pueden influir positivamente en decisiones a su favor, esto si logran con la movilización de opinión pública afectar la imagen y la reputación de las empresas o de las inversiones que rechazan. Por lo mismo, los *habitus* incorporados en las comunidades demandantes están relacionados con capacidades propias de un activismo socio-jurídico cosmopolita: realización de campañas de denuncia, uso de redes y alianzas con movimientos anti-globalización, movilización social local, boicots y litigio de impacto, entre otras estrategias.

³⁷ A propósito son sintomáticos los debates académicos que existen para encuadrar la naturaleza legal del arbitramento, que es una manifestación concreta de la justicia *soft law* de la que trato. Una de las posiciones es clara en advertir que al ser el arbitramento un método privado de solución de controversias, basado en un acuerdo entre las partes para someter las disputas sobre materias transigibles ante particulares neutros, no configura un proceso sino un procedimiento, en el que las partes contratantes de la solución, escalonan procedimentalmente las diversas prestaciones que les corresponde, siendo la decisión adoptada de obligatoria ejecución (Rey: 2013, 206).

2.2.1. Las justicias corporativas flexibles

Los presupuestos del monismo jurídico se trastocan con la justicia global corporativa. Los micro-sistemas con base en los cuales funciona ese campo jurídico han cambiado las creencias, rutinas y prácticas para el ejercicio del derecho. La solución de los conflictos aquí se atiende a dos cuestiones: (i) al uso de reglas flexibles y voluntarias que determinan la acción de los agentes y las consecuencias de sus actos (por ejemplo, códigos o directrices de buena voluntad), y (ii) a la re-interpretación de la responsabilidad frente a las violaciones de los derechos humanos, lo que cambia la fuerza simbólica del derecho.

Las instituciones de la gobernanza neoliberal al extender su acción a la solución de violaciones de derechos humanos, no tienen un fin altruista (de responsabilidad social) sino un fin práctico: decir y definir en términos flexibles cómo deben aplicarse los estándares de protección de los derechos humanos en esta época del capitalismo de la desposesión, no para salvaguardar la dignidad de las víctimas, sino para garantizar la continuidad del proyecto neoliberal de desarrollo. Esto se puede verificar, de un lado, en los bajísimos índices de acceso de las víctimas a los mecanismos de la justicia global corporativa, y en los bajos niveles de resolución eficaz de los casos (ver numeral 2.3.3), que en la mayoría de las ocasiones no impiden la continuidad de los proyectos demandados.

La justicia global corporativa ha instalado un lenguaje con fuerza simbólica suficiente para justificar que sus mecanismos de resolución de conflictos, sean los que conozcan las violaciones de derechos humanos de las víctimas del desarrollo.

El derecho tiene la forma de un discurso capaz de producir efectos (Bourdieu: 2000a, 1986b). El derecho es estrictamente lenguaje y discursividad por ello ayuda a la construcción del entramado simbólico de la regulación, con base en el cual funciona la dominación.

La justicia corporativa global como todo discurso, actúa en ese campo de la producción simbólica. Sus enunciados no se limitan sólo a comunicar una forma de “deber ser social”, sino posibilitan un lenguaje que “sirve para hacer cosas diferentes de las que él mismo dice querer hacer” (García: 1997, 297). Entre esas cosas se encuentran las funciones de legitimación del poder de las multinacionales o de las instituciones financieras

internacionales en los territorios donde actúan, consolidando los procesos de acumulación ocultos detrás de la propaganda neo-desarrollista y de la figura de la responsabilidad social empresarial.

La retórica de la rendición de cuentas (*accountability*) y de la transparencia son las justificaciones que están abriendo paso a los nuevos *habitus* que justifican los estándares y procedimientos de protección de derechos humanos de tipo *soft law* en los micro-sistemas de la justicia global corporativa. Aquí las rutinas o disciplinamientos para la protección de derechos, suavizan la idea de crímenes internacionales o de violaciones de derechos humanos, suavizan las ideas de investigación judicial, de doble instancia y de sanción; y suavizan las nociones de responsabilidad jurídica y de reparación integral a las víctimas, para poner nuevos tonos: responsabilidad social, debida diligencia, resarcimiento y recomendaciones.

Ya no importa el derecho como una obra colectiva, ni el orden convencional de los derechos humanos. Los derechos humanos son incluidos ahora como un elemento adicional de la cultura empresarial. Los agentes del campo de la justicia global corporativa no actúan atados a precedentes jurisprudenciales o a las formalidades del proceso. Las regulaciones en las instituciones de la gobernanza neoliberal son de baja juridificación o *soft law*. Hay una relación estrecha entre la gobernanza y el principio de voluntariedad (Albareda: 2009, 182).

En la convergencia entre actores privados, espacios poli-céntricos de producción normativa *soft law* y la aparición de otros lenguajes y *habitus* legales, se configura el campo de la justicia global corporativa. Lo que interesa constatar, insisto, es la idoneidad que tienen esas nuevas formas *soft law* para salvaguardar la dignidad de las víctimas del desarrollo, más allá de la retórica de la rendición de cuentas y de la responsabilidad social.

En las instancias de la justicia global corporativa el debate jurídico sobre los derechos violados no parte de la obligatoriedad de los instrumentos con base en los cuales se estructuran esos micro-sistemas de justicia (ni parte de la consideración *prima facie* de los tratados de derechos humanos). Las normativas que aplican son muy abiertas o tipo principios *soft law*, que pueden ser ponderados por los decisores a la manera de mandatos de optimización, o dicho en otra palabras, como proposiciones prescriptivas (no

imperativas) que pueden ser cumplidas pero sólo en grado, lo que supone más una lógica de persuasión que de constreñimiento (Sarmiento: 2008, 97, citado Martínez: 2018, 300).

En los procedimientos usados por la justicia global corporativa para la solución de casos sobre violaciones a los derechos humanos, cada instancia fija sus propias reglas. Este ámbito está estructurado según criterios de gran informalidad, al punto que se rompe el criterio de imparcialidad de la justicia: primero porque en varias de estas instancias las decisiones sobre los casos, la toman por los mismos demandados, y segundo, porque allí donde existen dispositivos tripartitos en donde se impulsan soluciones tomadas entre representantes del Estado, las empresas y las víctimas, no se toman en cuenta las grandes asimetrías de poder existentes entre esos sujetos, ni cómo equilibrar las cargas entre ellos.

No existe pues una nítida presencia de un juzgador imparcial, sino que son los mismos directivos de las instituciones demandadas por causar daños a las comunidades, los que terminan diciendo el derecho; o sea, son juez y parte. Además las víctimas y sus representantes no pueden participar en todas las fases del proceso, no pueden impugnar por lo regular las decisiones de trámite ni cuentan con una segunda instancia para controlar la decisión final del caso.

Las justicias corporativas tienen la función latente de desplazar las usuales formas estatales e interestatales de resolver los conflictos de derechos, basadas en tratados y convenios *hard law*, con lo cual las empresas multinacionales y las IFIS relajan los estándares de protección de los derechos humanos, acogiendo medios flexibles de transacción de los daños con las víctimas; éstas al no tener mayor juego para incidir en la orientación y profundidad de las decisiones, terminan cediendo en materia de reparación de sus derechos, sin lograr detener en la mayoría de las ocasiones el avance de los proyectos del desarrollo en sus territorios.

Con base en lo dicho, propongo dos tipos ideales³⁸ sobre los campos jurídicos en disputa en el escenario de la globalización: el campo jurídico tradicional de tipo estatal e interestatal, y el campo jurídico de la justicia global corporativa:

³⁸ En palabras de Weber: "Un tipo ideal... se obtiene... mediante el realce unilateral de uno o de varios puntos de vista y la reunión de una multitud de fenómenos singulares, difusos y discretos, que se presentan con mayor medida en unas partes que en otras o que aparecen de manera esporádica, fenómenos que encajan en aquellos puntos de vista, escogidos unilateralmente, en un cuadro

Cuadro 2. Tipos ideales sobre los campos jurídicos

| Campo jurídico tradicional de tipo estatal e interestatal | Campo jurídico emergente de la justicia global corporativa |
|--|---|
| -Origen en la voluntad política soberana del Estado nacional o en la manifestación de una voluntad multilateral pública. | -Origen en la voluntad de actores privados, con anuencia también de voluntades estatales o interestatales para el posicionamiento de intereses privados. |
| -Actores básicos son los Estados-nación. | -Actores básicos son agentes económicos o financieros de derecho privado y organismos intergubernamentales. -Los Estados actúan regularmente como parte demandada o en función de conciliación con intereses privados. |
| -Conformado por sistemas jurídicos, con competencias y jurisdicciones diferenciadas y jerarquizadas. -Relación directa <i>gobierno – hard law</i> . Son sistemas normativos, con carácter coactivo y sancionatorio, donde el Estado o Estados ceden soberanía nacional ante órganos de control independientes o tribunales de justicia. | -Conformado por sistemas no jurídicos o cuasi-jurídicos (con competencias y jurisdicciones flexibles y horizontales). -Relación directa gobernanza y <i>soft law</i> (Gonzalez; Del Pozo: 2016). Son sistemas regulatorios de flujos del mercado o de asuntos relacionadas con los derechos humanos y medio ambiente regidos por el principio de voluntariedad. |
| -Estructurado de acuerdo a los principios generales del derecho público: soberanía, legalidad, constitucionalidad/convencionalidad, competencia de los órganos que ejercen los poderes públicos, jerarquía, debido proceso, tutela judicial efectiva, responsabilidad del Estado, prevalencia del interés general, respeto a los derechos fundamentales y a la dignidad, <i>pro homine</i> . etc. (Casagne: 2018). | -Estructurado de acuerdo a principios del derecho privado de la <i>lex mercatoria</i> (trato nacional, nación más favorecida, arbitraje, voluntariedad, etc.), que en algunas circunstancias se combinan con ciertos principios de derecho público. |
| -Regulación de asuntos jurídicos que involucran el interés general de los pueblos, las relaciones internacionales, la cooperación, la paz y el desarrollo. | -Regulación de asuntos que involucran intereses particulares (<i>lex mercatoria</i>) relacionados con el comercio, las inversiones, los proyectos de desarrollo y la solución arbitral de conflictos entre las empresas y los inversionistas, con los Estados receptores y las comunidades afectadas. |
| -Jurisdicción contenciosa: el funcionamiento de los órganos de justicia con facultad para declarar el derecho, aplicarlo a los casos concretos y hacerlo cumplir funciona lógicas imperativas y litigiosas, con base en la constitución y en convenios, tratados y acuerdos que imponen obligaciones jurídicas vinculantes de tipo <i>hard law</i> . -Se reconoce la responsabilidad internacional del Estado en materia de violaciones a los derechos humanos o por incumplimiento de obligaciones adquiridas con los tratados. -Existen también procedimientos de monitoreo convencionales y extra-convencionales del tipo <i>soft law</i> (Colmegna: 2012) como los relacionados con la evaluación de informes que presentan los Estados ante los Comités que vigilan el cumplimiento de los diferentes tratados de derechos humanos y las respectivas recomendaciones emitidas luego de este ejercicio; o con las relatorías especiales frente a determinados temas y derechos. Existe | -Jurisdicción tendencialmente voluntaria, o sea, que resuelve asuntos donde no se plantea una contradicción judicial propiamente dicha. Las instancias y órganos que resuelven controversias aquí funcionan con base en códigos de conducta, normas de responsabilidad social empresarial o directrices voluntarias de tipo <i>soft law</i> , que no son obligatorias jurídicamente, teniendo por eso un carácter cuasi-jurisdiccional; aquí no se resuelven propiamente litigios, sino diferencias entre actores privados (y públicos) que se tramitan mediante recursos arbitrales o de amigable composición, y otros similares, asuntos que se suponen son de libre disposición. |

conceptual en sí unitario. Este en su pureza conceptual, es inhallable empíricamente en la realidad: es una utopía que plantea a la labor historiográfica la tarea de comprobar en qué medida la realidad se acerca o se aleja de ese cuadro ideal...” (Citado en Sánchez de Puerta: 2006, 15-16).

| | |
|---|---|
| complementariedad entre los procedimientos <i>hard law</i> y <i>soft law</i> . | |
| -Adopción de mecanismos judiciales y semi-judiciales de cumplimiento obligatorio. | -Adopción de procedimientos de resolución de controversias basados en la conciliación, negociación amistosa y arbitramento, todos de cumplimiento voluntario, excepto decisiones impuestas contra los Estados o las contenidas en laudos arbitrales que son obligatorias para las partes. |
| -Acceso a la justicia internacional de derecho público de carácter subsidiario y complementario, posterior al agotamiento de los recursos judiciales de carácter interno. | -Acceso directo a la justicia internacional de derecho privado o corporativo, sin el previo del agotamiento de los recursos internos. |
| -Los convenios de derechos humanos son base de las relaciones internacionales, se acepta en general su naturaleza vinculante <i>ius cogens</i> . Rige como principio el <i>pro homine</i> . | -Los convenios de derechos humanos son reemplazados por códigos empresariales o institucionales de buena conducta de carácter voluntario. Rige como principio la <i>lex mercatoria</i> y las regulaciones <i>soft law</i> Carecen de enfoque de derechos humanos (GREFI: 2018). |
| -El poder de decisión recae en la figura de los jueces o magistrados, adscritos a órganos jurisdiccionales permanentes, a los que se les reconoce autonomía funcional, aunque se organizan de acuerdo con un principio de jerarquía que permite el ejercicio de la doble instancia. Los órganos de la justicia al ser independientes garantizan los principios de legalidad y de seguridad jurídica, pues no obedecen a intereses personales o políticos. | -El poder de decisión en algunas instancias de la justicia corporativa por lo regular lo detentan funcionarios <i>ad hoc</i> de las instituciones (árbitros, conciliadores o inspectores), que por lo mismo no son independientes y actúan como “juez y parte”. Un hecho notable es que en la mayoría de los procedimientos de la justicia corporativa, son los directivos de las entidades demandadas los que deciden la controversia. También es característico que en estos mecanismo de justicia corporativa, no existe el ejercicio de la doble instancia. |
| -Los tiempos para resolver litigios sobre derechos humanos aunque pueden ser formalmente cortos, en la práctica ocupan períodos largos haciendo todo el tránsito desde el agotamiento de los recursos internos, pasando por las diferentes etapas procesales en las cortes o tribunales internacionales hasta el momento de la ejecución de las sentencias a nivel interno. | -Los tiempos cortos para el trámite y decisiones de las controversias debido a la presencia de procedimientos flexibles y sumarios. |

Fuente: elaboración propia.

La lucha por decir el derecho y por producir efectos simbólicos sobre una inédita protección de los derechos humanos, es lo que está en juego hoy ante las instancias de la justicia global corporativa.

Es indudable que hay una reconfiguración simbólica del derecho como discurso de poder alrededor de la disputa de la noción de los derechos humanos y del lugar / poder que debe resolver los conflictos que los involucran, especialmente cuando las violaciones derivan de proyectos de desarrollo. Ha crecido la tendencia que en el contexto de los proyectos de

desarrollo, las violaciones de derechos humanos pueden ser solucionadas a través de reglas *soft law*, operadas por actores privados e instituciones de la globalización hegemónica que, por supuesto, no tienen como horizonte el *principio pro homine*.

La pregunta es si hay posibilidades de coordinar el funcionamiento de esos dos campos jurídicos, que a la vez representan dos pirámides normativas en tensión: la tradicional pirámide del derecho internacional muy formalizada, y otra alternativa no formalizada, conocida como *soft law*, ambas en competencia por dirimir problemas de derechos. La interdependencia de normas y la necesidad de resolver esas tensiones, podría lograrse haciéndose prevalecer el principio de primacía de los derechos humanos³⁹ para guiar la formulación y aplicación de las políticas de las instituciones comerciales (cuyas normas y procedimientos se han mostrado a la larga más eficaces para asegurar ciertos derechos - los del libre comercio- como para sancionar los incumplimientos) (Zapatero: 2007).

2.2.2. La hegemonía de la responsabilidad social empresarial y los derechos humanos

En la tradición clásica del derecho internacional de los derechos humanos inspirada en una visión estado-céntrica o propia del orden westfaliano, sólo existe responsabilidad de los Estados por los abusos de poder y violaciones a los derechos humanos, descartándose la responsabilidad de los actores no estatales. Esta visión es acertada parcialmente, pues la obligación positiva de protección a cargo de los Estados, supone y reconoce intrínsecamente que actores diferentes a los Estados pueden incurrir, como sucede evidentemente, en violaciones a los derechos humanos. Estas consideraciones permiten afirmar que el derecho internacional para no debilitar a los derechos humanos, debe entonces ofrecer una protección jurídica a las víctimas de actores no estatales. El fundamento del derecho internacional es proteger a toda víctima con independencia de quien sea el agresor; el reconocimiento de responsabilidad de los terceros no estatales en violaciones de derechos humanos, no excusa a los Estados por sus violaciones y en cambio amplía la protección incondicional de la dignidad humana (Carrillo: 2013).

³⁹ El artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas, dice: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.

La tesis de que los terceros no estatales no violan los derechos humanos es falsa. En esta posición se confunden las nociones de obligaciones de derechos humanos y de violación de derechos humanos. Las obligaciones en general exigen abstención del Estado de violar los derechos y de responder por los efectos de esas violaciones, incluso de aquellas cometidas por terceros. Las violaciones son trasgresiones fácticas al contenido protegido de un derecho. Por lo mismo, el énfasis debería estar puesto más en los contenidos de las violaciones que en el estatus de los violadores.

En muchos sistemas jurídicos se ha venido abriendo paso la idea de la vinculación horizontal de los terceros a las obligaciones de derechos humanos, en la medida en que se les reconoce como violadores de derechos, tanto en la jurisprudencia⁴⁰ como en la doctrina. Las sanciones no obstante se han quedado en el plano estrictamente de la responsabilidad de tipo civil extra-contractual de las personas jurídicas y de las personas naturales que son sus dependientes.

Pero para ese tránsito hacia una responsabilidad plena que tenga repercusiones complementarias y simultáneas en los ámbitos civil, comercial, administrativo, ambiental y penal de las personas jurídicas (estatales y no estatales), el profesor Carrillo sostiene que se deben superar dos dificultades para que los organismos nacionales e internacionales respondan de forma apropiada a las agresiones no estatales a los derechos humanos:

⁴⁰ En la jurisprudencia internacional el profesor Carrillo Santarelli (2013), reseña entre otros avances de la jurisprudencia internacional en esta materia, los siguientes: Corte Internacional de Justicia, *Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia y Herzegovina Vs. Serbia y Montenegro)*, Sentencia, 26 de febrero de 2007, párrs. 419-420; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-14/94, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 9 de diciembre de 1994, párr. 56. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos por su parte ha usado una estrategia indirecta para pronunciarse frente a las amenazas y violaciones por parte de los actores no estatales (especialmente empresas) a los derechos humanos en la región, recordando el cumplimiento de los deberes estatales positivos para enfrentarlas, a través de la emisión de comunicados de prensa, resoluciones o informes, verbigracia: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102. 26 de febrero de 1999, párrs. 5-9; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, 22 de octubre de 2002, párr. 48. (Carrillo: 2013, 12; Carrillo: 2017).

(...) restricciones de lege lata, consistentes en limitaciones de la competencia contenciosa o de otra naturaleza pertinente de aquellos reaccionen a abusos estatales; y objeciones teóricas a la idea de que es posible ofrecer una protección internacional directa e indirecta de la dignidad humana frente a abusos no estatales, como por ejemplo aquellas basadas en ideas sobre una supuesta inexistencia de responsabilidades y obligaciones no estatales sobre derechos humanos, que no comparto. Las anteriores categorías asumen que hay aparentes problemas de promoción y protección de los derechos humanos frente a los actores no estatales que pueden superarse con interpretaciones admisibles que tengan en cuenta lo que exige y permite el derecho. (Carrillo: 2013, 13).

El profesor Carrillo tiene la razón cuando plantea que pese al argumento de algunos que ampliar la *ratione personae* de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, puede terminar complicando el problema de congestión y morosidad en que se encuentran esos órganos⁴¹, debe permitirse a las víctimas de graves, masivas o sistemáticas violaciones no estatales a sus derechos humanos llegar a la justicia internacional complementaria, y con mayor razón cuando existan altas probabilidades de impunidad. Toda violación no estatal debe constituir un hecho ilícito internacional, y debe contar con un foro de protección internacional, judicial o no (Carrillo: 2013, 13). Aunque

⁴¹ Varias investigaciones estadísticas hechas desde el período 1996 a 2015, muestran el colapso del trámite de peticiones individuales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). En particular un estudio publicado en 2011 por la Clínica de Derechos Humanos de la Universidad de Texas, señala estas cifras:

“(...) anualmente existe un aumento en las peticiones recibidas que no es acorde con la capacidad de procesamiento de la CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), lo cual termina en una congestión que va en aumento. Producto de ello, a la fecha de corte del estudio (agosto de 2011) había 5.213 peticiones esperando una evaluación inicial, 1.137 peticiones a la espera de una decisión de admisibilidad y 515 pendientes de una decisión de fondo (Human Rights Clinic 2011: 27). Con base en el número de peticiones recibidas y la capacidad de la CIDH para procesarlas en 2011, el informe concluyó, entre otras cosas, que ‘el porcentaje total de casos y peticiones totalmente decididas o eliminadas de la lista de espera [era menor en 2011] que el de 1996’ (p. 31). En consecuencia, a 2011 la Comisión estaba eliminando aproximadamente un 20 % menos de casos y peticiones de lo que hacía 15 años atrás”.

“La consecuencia directa de este congestionamiento es el retraso procesal. El estudio encontró que, para la época, en promedio se requerían “más de cuatro años para obtener una resolución sobre la admisibilidad de una petición y casi dos años y medio más para obtener una decisión sobre el fondo del asunto, dejando a los peticionarios con un retraso procesal de un promedio de seis años y medio para obtener una decisión de fondo” (Human Rights Clinic 2011: 32). Haciendo una evaluación de las peticiones recibidas y procesadas entre 1996 y 2010, el informe concluyó que el retardo procesal promedio para cada tipo de decisiones (admisibilidad y fondo) se había incrementado progresivamente durante los últimos quince años (p. 33). De hecho, el informe menciona información recibida de la propia CIDH que proyectaba un retraso procesal aun mayor que los cálculos del estudio. De acuerdo con esta información, para 2011 la duración promedio de los procedimientos de los asuntos que habían alcanzado la etapa de admisibilidad y que esperaban una resolución (que incluye el tiempo de la evaluación inicial y para la admisibilidad) era de 70 meses. Por su parte, la duración promedio de los asuntos que habían llegado a la etapa de fondo (que incluye el tiempo de evaluación inicial, admisibilidad y fondo) y estaban en espera de una decisión, era de 86 meses” (Sánchez; Lyons: 2015, 237 y ss).

pienso que es correcto el razonamiento anterior, no comparto el criterio de que cualquier foro (especialmente los de carácter no judicial tipo *soft law*) esté habilitado para conocer y tramitar la investigación y sanción de las violaciones graves a los derechos humanos cometidos por entidades corporativas empresariales, mercantiles o que hagan inversiones en proyectos de desarrollo. La experiencia ha demostrado que los mecanismos de la justicia global corporativa tienen poca eficiencia y eficacia a la hora de proteger y reparar a las víctimas del desarrollo.

Al lado de esas dificultades anotadas, un escollo enorme que se presenta en la actualidad es la entronización global del concepto de responsabilidad social empresarial que ha comenzado, desde los años noventa, a sacar los asuntos de las violaciones de derechos humanos del orden convencional del derecho internacional público, para situarlos en el ámbito de la cultura corporativa, en la cual su tratamiento se hace desde la placida liviandad jurídica del *soft law*, o dicho de otra forma, desde marcos de normas flexibles que se aplican según un criterio de voluntariedad.

Los derechos humanos como semántica universal han dejado de ser ajenos al mundo empresarial, comercial y de los negocios. Se ha superado la creencia de que los derechos humanos era un asunto exclusivo de políticas públicas y de responsabilidad exclusiva de gobiernos y organizaciones internacionales, y de que el papel de las empresas era asumir un deber general de cumplimiento de tales derechos a nivel de las relaciones internas empresariales, o sea, frente a los derechos de los trabajadores y de otros asuntos que afectaran el funcionamiento organizacional, como la corrupción o violaciones de derechos cometidos por sus agentes o colaboradores. El discurso de la responsabilidad social de la empresa ha sido la forma como los derechos humanos han ingresado a la cultura y funcionamiento de las empresas, para gestionar los conflictos derivados de sus actividades con los grupos de interés o comunidades afectadas. Aunque se dice que la RSE (que tiene rasgos asimilables a los de *accountability* en las entidades que financian el desarrollo) va más allá de la filantropía empresarial (entendida como una “deseabilidad moral de las conductas empresariales”) pues busca aplicar un comportamiento socialmente responsable que transforme los procesos productivos y permita su coexistencia con el desarrollo económico sostenible (Bonilla: 2017, 28), la verdad sea dicha, por la forma de asumir el respeto de los derechos de las comunidades y de resarcir los daños, mantiene un criterio

más filantrópico que un fin reparador de la dignidad de las víctimas. Las empresas entienden la RSE como programas de donaciones para gente necesitada antes que como una acción de reparación integral por las violaciones a los derechos humanos cometidas con ocasión de sus operaciones.

La responsabilidad de la empresa es “social” y no legal. Esto hace que su marco sea la auto-regulación de tipo *soft law* y no implicaciones jurídicas con los derechos humanos. La responsabilidad legal implicaría un deber jurídico de conducta: asumir tanto las consecuencias civiles como penales de un hecho (dañoso) en los términos previstos por el derecho convencional. Existe a nivel nacional ciertamente la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas (Castro; Figueredo; Vargas: 2019), pero igualmente subsiste el vacío de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento colombiano (Missas: 2017; De Martino; Guerrero: 2018) y en el internacional (Rodríguez Garavito: 2018; Nieto: 2012).

El jurista Luis Eduardo Bonilla (2017) explica bien el asunto de la diferencia entre la responsabilidad jurídica y la responsabilidad social. Afirmar que en desarrollo de las actividades propias de la RSE se pueden presentar eventos de responsabilidad civil imputables a la empresa, pero el sentido estricto de la RSE no está asociado con un daño cierto e imputable a la empresa, que haga surgir como consecuencia el deber jurídico de repararlo. La RSE es una forma de actuación operacional y social que en teoría busca evitar transgresiones a los derechos humanos y sobretodo legitimar sus actividades. Si se ocasionan daños, se abre el campo de la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas.

Se reconoce la dificultad normativa para regular el tema de la RSE y el impacto de la empresa frente a sus grupos de interés o comunidades afectadas, por lo cual la tendencia ha sido la auto-regulación de las empresas. Los códigos corporativos de buena conducta dictan que la transparencia se alcanza con herramientas como reportes de información en temas no financieros o de sostenibilidad y las medidas de gobierno societario, con lo cual se reflejan los compromisos de desarrollo sostenible y se tranquiliza la presión pública de exigir regulación estatal vinculante (Bonilla: 2017, 35).

El discurso de la RSE o de la auto-regulación empresarial de tipo *soft law* no es el camino idóneo para que las víctimas del desarrollo y de daños ocasionados por entes privados, encuentren reparación integral a las violaciones a sus derechos. Son las respuestas jurídicas en el ordenamiento nacional las que siguen teniendo mayor potencialidad para regular y controlar el poder y los abusos corporativos, tanto de las empresas como de los inversionistas, que en general gozan de amplios márgenes de impunidad. Se revisarán estas posibilidades en el capítulo 3.

2.2.3. Responsabilidad jurídica de las empresas e inversionistas

La doctrina jurídica ha invertido grandes esfuerzos en dilucidar la encrucijada de si existe una responsabilidad jurídica (especialmente penal) atribuible a las empresas y sociedades transnacionales. Se mantiene una división conceptual con respecto a problemas dogmáticos como la teoría de la acción, la conducta, la culpabilidad, la naturaleza y fines de la pena⁴².

En general, la doctrina clásica internacionalista niega que las empresas privadas puedan ser responsables de violaciones a los derechos humanos, primero, porque el orden internacional se articula únicamente con los Estados (Zamora: 2006, 318), y segundo,

⁴² La teoría del delito se ha enfrentado a grandes dificultades para reconocer a la empresa como sujeto autónomo de responsabilidad e imputación penal. Entre las razones que se esgrimen es que los atributos de la personalidad de las empresas se manifiestan en forma diferente a los de las personas naturales; por ejemplo, las empresas no son capaces de acción propia, pues actúan por medio de las personas naturales que las representan o están vinculadas. Existe también dificultad para hacer una plena adecuación típica de los actos de las empresas en razón de que la volición o elemento subjetivo de las conductas sólo es atribuible a la psique humana, y el ente moral (o persona jurídica) como tal, carece de conocimiento y voluntad propia. Consecuentemente con la falta de voluntad de las empresas, en el plano de la antijuridicidad era imposible hablar de causas de justificación o en el plano de la culpabilidad referirse a la intención o motivación dolosa de las conductas corporativas. Las nociones de autoría y participación, así como las consecuencias jurídicas del delito o los propósitos de la pena (prevención y resocialización) se vuelven difíciles de interpretar al tratarse de los entes ficticios que son las empresas. En el nivel procesal también hay dilemas conceptuales y técnicos complejos como establecer quién o quiénes deben responder en las indagatorias por los cargos que se les imputan a las empresas (gerente, junta directiva o socios) o en materia probatoria clarificar los grados de responsabilidad penal.

porque en materia penal las imputaciones de responsabilidad sólo son predicables de personas naturales con capacidad volitiva para determinar la conducta ilícita.

La primera posición defiende que los Estados son los sujetos plenos del derecho público internacional. Son ellos los responsables de las violaciones a los derechos que provoquen sus propios agentes y al mismo tiempo por las que cometan los actores no estatales; esto último en consideración de la obligación de protección que les impone el derecho internacional de los derechos humanos. Las empresas y las organizaciones no estatales aunque tengan personalidad jurídica en el ámbito nacional o internacional, poseen para esta perspectiva una responsabilidad limitada frente a los daños que puedan ocasionar a los derechos de las personas y comunidades, reduciéndose, en estricto sentido, al plano civil (contractual y extracontractual) y al plano de las sanciones administrativas, quedando descartada hasta ahora la responsabilidad penal.

Para otra posición menos restrictiva, aunque el orden jurídico internacional sigue siendo ensamblado por Estados, debe reconocerse que en el contexto de la globalización existen actores no estatales tanto o más poderosos que los propios Estados⁴³, y con mayor potencialidad incluso para violar masivamente los derechos humanos, lo que exige ampliar a ellos la responsabilidad penal (Kabba; *et al.*: 2000, 181).

En varias ocasiones, y para casos específicos, el derecho internacional ha reconocido una subjetividad jurídica internacional limitada a las empresas y a otros actores privados para responder por violaciones de derechos humanos que han cometido. Por ejemplo, a ciertas empresas se les indilgó responsabilidades frente a los derechos humanos consagrados en tratados internacionales o reconocidos en el derecho consuetudinario (juicios de Nuremberg), o respecto a ciertos delitos ambientales en varias jurisdicciones nacionales.

⁴³ Al comparar, por ejemplo, las ventas de las compañías multinacionales con los PIB de los Estados en el mundo, se encuentra que 51 de las 100 economías más grandes del mundo son empresas. Verbigracia, los ingresos del portentoso Wal-Mart son equiparables a los de un país como Suecia, y superarían los ingresos de 170 países, incluidos todos los latinoamericanos, salvo Brasil y México; la petrolera Shell sería tan rica como Austria, por encima de 160 Estados en el mundo (Rodríguez, 2013).

En los procesos de los tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio se formuló por primera vez el principio de que los actores privados pueden ser parcialmente sujetos de obligaciones del derecho internacional. Posteriormente esta posición se confirmó en los principios de Nuremberg elaborados por la International Law Commission (Kaleck; Saage-Maab: 2008, 19). El artículo 10 de la Carta del Tribunal Militar de Nuremberg facultaba a los jueces para declarar la naturaleza criminal de grupos u organizaciones y para someter a juicio a sus miembros, como fue el caso, entre otros, de la condena de directivos nazis del poderoso *trust* químico IG Farben, declarado responsable de crímenes de guerra.

En las últimas décadas predominó la tesis restrictiva de la responsabilidad de las empresas y de otras personas jurídicas privadas. Durante los tribunales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, la imputación penal se centró solamente en personas físicas pese al involucramiento de multinacionales en el conflicto. En las discusiones sobre el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional (CPI), aunque se debatió la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas frente a los crímenes competencia de la CPI, no se adoptó ninguna decisión al respecto y sólo se consideró la participación individual en crímenes perpetrados por tales entidades, desde el punto de vista de la *mens rea* y de la relación entre superiores y subordinados, hecho que abrió posibilidades para desarrollos ulteriores en esta materia (Zamora, 2006: 346).

Los disensos en torno a la responsabilidad de las empresas privadas han sido profundos en el orden internacional. Para encontrar alguna mediación entre ambas posiciones se ha propuesto ponderar las situaciones de violaciones de derechos humanos en las que están involucradas las empresas, deslindando las discusiones jurídico-formales de los aspectos materiales de tales violaciones (Zamora, 2006: 139). Pero incluso siguiendo este horizonte que ayuda a la determinación de responsabilidades de tipo civil extracontractual y administrativo, no es claro cómo podría justificarse desde aquí la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Hay que decir que la sola responsabilidad penal de las corporaciones es insuficiente para superar la impunidad de las empresas. Las discusiones de la responsabilidad corporativa requieren tratar aspectos conexos con la imputación y sanción penal. Las multinacionales gozan de una amplia impunidad en todos los sentidos debido, entre otros factores, a los

siguientes: su desvinculación con un determinado Estado y con su legislación; la falta de regulación internacional que no permite delinear sus responsabilidades en relación con las graves violaciones internacionales perpetradas en cuanto a los derechos humanos integrales; las estructuras de dichas empresas y su fragmentación en personalidades jurídicas que operan en red en diversos Estados (Skinner: *et al.* 2013: 71), lo que difumina las responsabilidades de la empresa como conjunto, y genera una deslocalización de responsabilidad (Nieto, 2012: 141); y el hecho de que la empresa transnacional se sitúa fuera de los campos normativos estatal o internacional.

La responsabilidad entraña simultáneamente aspectos penales y civiles (restitución y reparación integral de los derechos de las víctimas). La responsabilidad jurídica integral de las corporaciones, al igual que ha sucedido con las responsabilidades de los Estados, sólo es factible de establecer a la luz de aquellas normas que se consideran imperativas del derecho internacional y que imponen obligaciones *erga omnes*. En una visión garantista del *ius cogens*, como conjunto de normas racionalmente aceptables (Garibian; Puppo: 2012, 31), cobijaría no sólo los derechos individuales más fundamentales como lo sostiene buena parte de la doctrina, sino igualmente ciertos derechos fundamentales de naturaleza social y colectiva relacionados con el trabajo (Bolaños: 2014, 3), el medio ambiente (Viñuales: 2008, 12), la justicia universal y la autodeterminación de los pueblos (Hernández; Ramiro, 2015), entre otros. En el mismo sentido, se debe trascender en materia punitiva hacia un derecho penal colectivo que juzgue de manera particular los delitos económicos por los entes jurídicos corporativos, un “derecho penal de empresa”, y no sólo en el que se sancione a las personas naturales vinculadas con ellos (Sieber: 2013, 27).

La asunción de una doctrina *ius* internacionalista como la descrita tiene grandes resistencias, al igual que la tiene una concepción integral de la responsabilidad jurídica corporativa que permita el establecimiento de un marco jurídico o tratado para las empresas y agentes económicos transnacionales que violan los derechos humanos, y en el cual se incorpore como mecanismo convencional de cumplimiento, un tribunal de justicia con capacidad para investigar y sancionar tanto penal como civilmente los crímenes corporativos contra las víctimas del desarrollo.

2.2.4. Hacia un tratado vinculante sobre empresas transnacionales y derechos humanos

El interés internacional de tipo político y académico por la relación entre empresas y derechos humanos en las dos últimas décadas, ha configurado un nuevo campo de saber. Un núcleo de gravitación del debate ha sido el afán de regulación del poder corporativo, en medio de un mundo global multipolar donde se siguen diferentes estrategias para lograr el objetivo de disciplinar a las empresas y sociedades que afectan con sus actividades los derechos humanos. Mientras para unos, partidarios de una gobernanza integradora, este papel regulador debe ser estado-centrista, es decir, organizado a través del multilateralismo estatal y de organizaciones internacionales como la ONU o la OCDE, para otros, el esfuerzo regulador de las empresas y sociedades debe aceptar una gobernanza policéntrica y experiencial, en la que son legítimas diversas opciones que combinan respuestas de *tipo hard law y soft law*:

Cuadro 3. Clase de regulaciones de las Empresas – Derechos Humanos

| | Vinculantes | No vinculantes |
|----------------|---|---|
| Integradas | Normas de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos ⁴⁴ . | Declaración de Naciones Unidas y/o Pacto Global ⁴⁵ . |
| Poli-céntricas | Tratados o Convención de la ONU ⁴⁶ . | Principios rectores sobre empresas y derechos humanos. Marco para proteger, respetar y remediar ⁴⁷ . |

Fuente: Con base en Rodríguez Garavito: 2018, 29 y ss.

⁴⁴ Rodríguez Garavito (2018) atribuye esta posición entre otros a: De Schutter, O (2015), "Towards a New Treaty on Business and Human Rights", *Business and Human Rights Journal*, 1.

⁴⁵ Rodríguez Garavito (2018) atribuye esta posición entre otros a: Deva, Surya. (2014), "The Human Rights Obligations of Business: Reimagining the Treaty Business", disponible en www.business-humanrights.org

⁴⁶ Rodríguez Garavito (2018) atribuye esta posición entre otros a: Melish, T. J. (2013), "An Eye toward Effective Enforcement: A Technical Comparative Approach to the CRPD Negotiations", en M. Sabatello y M. Shulze (eds.), *Human Rights and Disability Advocacy*, Filadelfia, Penn Press.

⁴⁷ Rodríguez Garavito (2018) atribuye esta posición a: Ruggie, J. (2013), *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, Nueva York, Norton. (2014a), "A UN Business and Human Rights Treaty? An Issue Brief", 28 de enero, disponible en www.business-humanrights.org — (2014b), "Global Governance and 'New Governance Theory': Lessons from Business and Human Rights", *Global Governance*, 20. (2014c), "International Legalization in Business and Human Rights", comentarios efectuados durante la presentación del premio Harry LeRoy Jones Award, de la Washington Foreign Law Society, Washington DC, 11 de junio. (2014d), "Quo Vadis? Unsolicited Advice to Business and Human Rights Treaty Sponsors", disponible en www.ihrb.org

La matriz muestra las opciones entre las que oscilan los debates internacionales sobre la regulación de las empresas en relación a los derechos humanos. Pasan desde posiciones de derecho blando como el Pacto Global o las estrategias de aplicación de los Principios Rectores, hasta las opciones convencionales o normativas que siguen la línea de la Resolución A/HCR/RES/26/9 de julio de 2014 del Consejo de Derechos Humanos que propende por la creación de un tratado vinculante sobre empresas transnacionales. Haremos un breve recorrido de cómo se llegó a esta decisión de elaborar un tratado vinculante.

Bajo el convencimiento que es difícil lograr los consensos necesarios entre los Estados para la expedición de un tratado que regule la relación entre las empresas y los derechos humanos, el enfoque policéntrico o “ecosistémico” de la gobernanza plantea que se deben combinar diferentes estrategias de control sobre el mundo corporativo, y que las soluciones de derecho blando son las que mejor vienen funcionando. Desde los años setentas las iniciativas estado-céntricas han fracasado, y las iniciativas con mayor acogida son las que involucran el tripartismo, o sea, el concurso de Estados, empresas y representantes de la sociedad civil.

Desde la década de los setenta, con las reformas neoliberales del Estado, como consecuencia del libre mercado, el *lobby* empresarial, en ocasiones liderado por influyentes organismos como la Cámara Internacional del Comercio y otros, se tornó muy efectivo para neutralizar los avances de instrumentos normativos en la Organización de las Naciones Unidas (ONU) que pudieran responsabilizar a las empresas de violaciones a los derechos humanos. Por eso no se ha logrado configurar hasta ahora un instrumento jurídico internacional para los crímenes corporativos, en que se adopte un tribunal donde las víctimas del desarrollo puedan llegar.

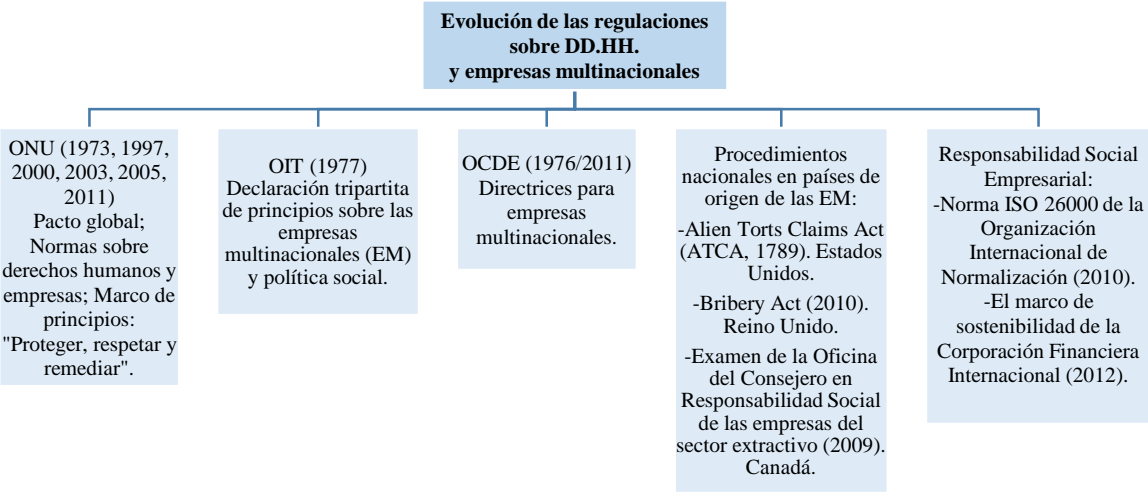
A lo largo de las tres últimas décadas han aparecido diversos códigos éticos o de buena conducta empresarial que orientan y hacen recomendaciones para que las empresas prevengan o mitiguen las violaciones a los derechos humanos que ocasionan con sus actividades. Esos códigos están escritos en forma de normas, pero no pasan de ser simples

enunciados que carecen de fuerza jurídica; son prescriptivos pero tienen carácter voluntario.

Al carecer de poder vinculante o jurídico, las obligaciones contenidas en estos códigos son de tipo social y moral, no imponen sanciones específicas aplicables por autoridades judiciales y sólo señalan recomendaciones de “buenas prácticas” que no dan lugar a exigibilidad. Se ha dicho que el incumplimiento de algunas recomendaciones voluntarias por parte de las empresas pueden tener como efecto el deterioro de la reputación de las empresas, conduciendo a cierto rechazo social que afecta la imagen pública y el interés económico de las empresas, pero estas sanciones son más simbólicas que reales y lo cierto es que reina la impunidad de las corporaciones que actúan al margen de la ley.

Las empresas se adscriben voluntariamente a ellos cuando son dictados por instituciones internacionales, o los proponen de manera autónoma como parte de sus políticas de responsabilidad social empresarial. De manera general, esos códigos especifican criterios en torno a medio ambiente, condiciones de trabajo, transparencia y rendición de cuentas, relaciones con poblaciones locales y con el Estado, etc. En muchos de ellos se incorporan procedimientos para tramitar los conflictos que se presenten con los afectados, pero finalmente las medidas de solución que se adoptan dependen enteramente de la voluntad de las empresas multinacionales (EMN).

Gráfica 1: evolución de las regulaciones sobre empresas y derechos humanos



Fuente: elaboración propia.

En la década de los setenta, alrededor de los llamados diálogos Norte-Sur presionados por los países no alineados o del tercer mundo (Sid-Ahmed, 1985)⁴⁸, se propició el primer escenario de discusión sobre normas aplicables a las empresas multinacionales dentro de las Naciones Unidas. En 1973 se nombró la Comisión sobre Empresas Transnacionales con la misión de preparar un proyecto de código de conducta de las Naciones Unidas para empresas transnacionales⁴⁹, cuyo resultado para trazar pautas sociales y ambientales en tales empresas se frustró.

El retraso en la adopción de regulaciones específicas en la ONU para las empresas multinacionales y otras empresas da pie para que en otros espacios multilaterales se hagan adelantos en esa tarea. Por ejemplo, en 1976 los países miembros de la OCDE firmaron las directrices para empresas multinacionales⁵⁰, y un año después la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó la “Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales”⁵¹ para hacer prevalecer los derechos del trabajo reconocidos por los convenios fundamentales.

⁴⁸ Los países no alineados o del Tercer Mundo aparecen como actores de la política internacional en la Conferencia de Bandung, celebrada en abril de 1955. En esta conferencia, una treintena de países de África y Asia, recién descolonizados, plantearon una serie de reivindicaciones propias conocidas como el Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI), al margen de la tutela política de los bloques de poder de la Unión Soviética y de Estados Unidos, dentro de una perspectiva de autodeterminación. Dentro de su agenda se condenó el colonialismo y el papel de las empresas multinacionales en la explotación de los recursos naturales y de la mano de obra en los países de la “periferia”, llamando la atención sobre la necesidad de un comercio justo (Kader Sid-Ahmed, 1985: 292).

El éxito de las reivindicaciones en bloque de los países tercermundistas en el seno de las Naciones Unidas se vio reflejado en 1974, cuando se proclamó la “Carta de derechos y deberes económicos de los estados”, mediante la Resolución 3281 (XXIX) de diciembre y en 1975 cuando se aprobó el plan de acción para el establecimiento de un NOEI, con la Resolución 3363 (S-VII). Sin embargo, tanto el NOEI como la “Carta de derechos y deberes económicos de los estados” constituyeron los fracasos más gloriosos y odiosos de la ONU (Pérez-Soba, 2000: 163), en buena parte por la oposición de países desarrollados que afirmaron que esas políticas no habían concitado el consenso internacional suficiente como para pretender su universalización.

⁴⁹ ONU. “Proyecto de código de conducta de la ONU para empresas transnacionales” (1983). E/C.10/1982/6.

⁵⁰ OCDE. Directrices para empresas multinacionales. (Revisión de 2011). Disponible en: www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf

⁵¹ Véase: “Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social” (1977). Disponible en: http://ilo-mirror.library.cornell.edu/public/spanish/standards/norm/whatare/lessfrml/dec_mne.htm.

- ***Instrumentos de Naciones Unidas para la gobernanza del poder empresarial***

Un primer intento de regulación se da a finales de la década del setenta cuando las Naciones Unidas crearon la Comisión y el Centro sobre Empresas Transnacionales, con el mandato de investigar los efectos de las actividades empresariales y fortalecer la capacidad de los países receptores para negociar los términos de sus operaciones. La Comisión propuso un proyecto de código de conducta para las empresas transnacionales arduamente debatido entre 1983 y 1990, que al contar con una rígida oposición de los países desarrollados, se abandonó en 1994 (Cantú: 2018).

Para el año 2000, bajo el liderazgo del Secretario General, señor Kofi Annan, la ONU propone el Pacto Global. Que propone diez principios no vinculantes para guiar a las empresas sobre prácticas sostenibles social y ambientalmente, y para acoger estándares de derechos humanos, laborales y anticorrupción. La iniciativa ha tenido permanencia y en la actualidad 130 países forman parte de la red del Pacto Global y 12.900 empresas y sociedades se han adherido voluntariamente a estos compromisos, constituyéndose en la iniciativa de ciudadanía corporativa más grande del mundo.

Concomitante con la creación del Pacto Global, en el año 2003, a instancias de un grupo de trabajo de las Naciones Unidas, se propusieron las Normas sobre responsabilidad de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la esfera de los Derechos Humanos (E/CN.4/suc.2/2003/12/Rev.2), que representó el primer intento consciente para identificar estándares jurídicos en la materia. La Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó la resolución y aprobó un proyecto de “normas para las empresas transnacionales y otras empresas” que remitió a la Comisión de Derechos Humanos para su estudio y presentación ante la Asamblea General de la ONU. Las empresas y la gran mayoría de gobiernos interpretaron que las Normas se basaban en obligaciones jurídicas internacionales, por lo cual las rechazaron (Teitelbaum, 2007: 118).

Las empresas multinacionales desplegaron un fuerte *lobby* por medio de la Cámara Internacional de Comercio y la Organización Internacional de Empleadores (IOE), buscando que la Comisión de Derechos Humanos rechazara el proyecto de las Normas. Esta

campaña logró su objetivo en 2005, cuando efectivamente la Comisión desconoció el proyecto y, en cambio, aprobó la Resolución 2005/69⁵², mediante la cual se sugería al Secretario General de la ONU la designación de un relator especial sobre empresas y derechos humanos, dándole un mandato inspirado en el Pacto Mundial.

El mandato entregado al Relator fue limitado: identificar y aclarar los estándares de responsabilidad empresarial con relación a los derechos humanos, y determinar las mejores prácticas estatales y empresariales en la materia. No incluyó ningún tipo de visitas de campo a los lugares de conflicto entre empresas y comunidades, y sus informes se basaron en consultas tripartitas sobre el tema.

Ruggie descartó como base de su trabajo, desde el comienzo de su labor, las normas dadas a conocer por la ONU en 1997, debido a las controversias que habían suscitado. En 2008, al final de su primer mandato, Ruggie presentó ante el Consejo de Derechos Humanos el informe “Proteger, Respetar y Remediar: un marco para las empresas y los derechos humanos”⁵³ (el Marco, en adelante). Este instrumento reforzó el deber del Estado de salvaguardar a la población de abusos a sus derechos humanos por terceros empresariales, posicionó la idea de responsabilidad (no de obligación jurídica) de las empresas de respetar los derechos humanos y reconoció la necesidad de que las víctimas de abusos empresariales contaran con mayor acceso a reparaciones judiciales y no judiciales.

La interpretación del Marco se basa en la idea de que existe en el actual momento de globalización una falta de gobernabilidad de los actores económicos que genera un entorno permisivo para actos ilícitos y abusos a los derechos humanos por parte de las empresas, frente a lo cual no se ha llegado a sanciones ni reparaciones adecuadas. Esa falta de gobernabilidad de las empresas se intensifica con la dinámica expansión de los derechos de las empresas y de los inversionistas, reflejados en más de 2.500 tratados bilaterales de

⁵² Derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas comerciales, Doc. E/CN.4/RES/2005/69, abril de 2005, disponible en http://ap.ohchr.org/documents/S/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2005-69.doc.

⁵³ Proteger, respetar y remediar: un marco para las empresas y los derechos humanos. Doc. A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008.

protección de las inversiones que han minado las capacidades de los estados para expedir regulaciones que protejan los derechos humanos.

El marco jurídico aplicable a las empresas es débil por dos razones: está fragmentado y es muy flexible. La separación de entidades o unidades jurídicas que componen una empresa multinacional impide regularmente que las empresas matrices puedan ser responsabilizadas por los actos dañinos o delitos de sus filiales o socios comerciales, o hacen que sólo sean demandadas las empresas en sus lugares de origen, y con los criterios de los sistemas judiciales de los países donde tienen sus matrices.

En cuanto a la flexibilidad de los marcos jurídicos que generan impunidad para las empresas, como es el caso de los códigos de buena conducta voluntarios, se debe sumar que pese a que existen en muchas circunstancias normas para regular las acciones de las empresas, los Estados carecen de la capacidad o de voluntad para aplicarlas, incurriendo en exenciones para el cumplimiento de las mismas, por ejemplo, cuando se dispensa a las multinacionales para cumplir con estándares u obligaciones laborales, medioambientales o fiscales vigentes, con la única finalidad de atraer su inversión.

Con fundamento en las constataciones precedentes, Ruggie hizo la propuesta del Marco presentado como sistema interrelacionado y dinámico de medidas de prevención y reparación que se basa en tres principios fundamentales: 1) la obligación del Estado de ofrecer protección frente a los abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas, mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia; 2) la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos, lo que significa actuar con la debida diligencia para no vulnerar los derechos de terceros, y reparar las consecuencias negativas de sus actividades; y 3) la necesidad de mejorar el acceso de las víctimas a vías de reparación efectivas, tanto judiciales como extrajudiciales.

La oposición y críticas al Marco fueron intensas por parte de ONG, movimientos sociales anti-globalización y de la academia que aspiraban a un tratado vinculante.

En el 2008, se extiende el mandato del Relator para hacer operativo el Marco de Proteger, Respetar y Remediar (Resolución 8/7 del Consejo de Derechos Humanos). Como resultado de este período de labores, Ruggie da a conocer en el año 2011 los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos (Informe Final A/HRC/17/31) ⁵⁴, conjunto de preceptos no vinculantes basados en el Marco.

El debate se hizo más fuerte por parte de la sociedad civil crítica que consideró que con los Principios Rectores y el rechazo de las Normas, la ONU negaba la vía para la adopción de un tratado vinculante para las empresas⁵⁵. Se destacan las críticas realizadas por los juristas del Centro Europa-Tercer Mundo (Cetim), en especial por Alejandro Teitelbaum y Malik Özden. El núcleo de las críticas es que los Principios Rectores constituyen un documento de simples y débiles orientaciones, que carecen de naturaleza jurídica vinculante, tanto para los Estados como para las empresas, y por lo mismo no permiten la

⁵⁴ Con la Resolución 17/4 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU se aprobaron en 2008 los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos con su marco para proteger, respetar y remediar, elaborados por el profesor Ruggie. Estos principios, según el criterio del grupo de trabajo sobre las empresas y los derechos humanos se han convertido en una norma internacional (Doc. A/HRC/20/29, párrafo 1) que ha inspirado diversas normativas internacionales sobre responsabilidad empresarial, entre ellas:

-En 2010, la Organización Internacional de Normalización publicó su *Guía de responsabilidad social*, norma ISO 26000, basada en los principios rectores. Doc. A/HRC/20/29, párrafo 24.

-En 2011, la OCDE actualiza las directrices para empresas multinacionales, siguiendo los principios rectores. Doc. A/HRC/20/29, párrafo 25.

-El Pacto Mundial de la ONU recoge los principios rectores en su primer postulado, y son por lo mismo parte del compromiso asumido por cerca de 8.700 empresas participantes de esta iniciativa. Doc. A/HRC/20/29, párrafo 26.

-El marco de sostenibilidad de la Corporación Financiera Internacional de 2012 también hace suyos los principios rectores. A/HRC/20/29, párrafo 27.

-Los principios rectores han servido de base para la expedición de directrices de responsabilidad social empresarial definidas en el seno de la Comisión Europea, de la Unión Europea y de la Asociación de Naciones de Asia Suroriental.

⁵⁵ Véase Alejandro Teitelbaum, 2010. ¿Dialogar con Ruggie? Cambiar para que todo siga igual. Una valoración de los informes 2009 y 2010 de John Ruggie. Disponible en: http://www.jussemp.org/Inicio/Recursos/Actividad%20Corporativa/Resources/Dialogando_con_Ruggie.pdf

exigibilidad para su cumplimiento⁵⁶. Los principios rectores no aportan a la creación de nuevas obligaciones en el derecho internacional para los Estados ni para las empresas⁵⁷.

El establecimiento del Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos en el año 2011 (Resolución A/HRC/17/4), inició el camino hacia la implementación de los Principios Rectores. El mandato por tres años del Grupo de Trabajo contempló como tareas principales: la divulgación e implementación de los Principios Rectores, la promoción de las mejores prácticas sobre el tema, en especial la debida diligencia, y la creación de capacidades estatales y empresariales en el campo de los derechos humanos.

En su primer informe en el 2012, el Grupo de Trabajo reportó que su acción se había concentrado en apoyar a las empresas en procesos de debida diligencia en derechos humanos, y en fortalecer la adopción de planes nacionales de acción sobre empresas y derechos humanos. No se destacó ninguna línea de trabajo dirigida a ocuparse de cuestiones de regulación y de remedios efectivos frente a las violaciones de derechos por parte de las empresas.

Aunque se previó la visita del Grupo de Trabajo a países con conflictos relacionados con actividades empresariales, el Grupo de Trabajo no actuó como un procedimiento especial del Consejo de Derechos Humanos con facultad para favorecer la participación de las víctimas, hacer recomendaciones sobre remedios efectivos para reparar a las comunidades afectadas, para interpretar los Principios Rectores y para emitir recomendaciones sobre los casos (que no recibió en un principio). El Grupo de Trabajo advirtió en su informe de 2013 que no estaba en condiciones de investigar casos individuales ni de actuar como un procedimiento especial de Naciones Unidas (Rodríguez Garavito: 2018, 51).

⁵⁶ El mismo criterio fue expresado por organizaciones defensoras de derechos humanos como Amnistía Internacional, la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) y otras que argumentaron, adicionalmente, que los principios no obligan a los estados a regular la actividad empresarial, ni señalan claramente cómo hacerlo ni exponen cómo las empresas deben evitar el abuso de los derechos humanos.

⁵⁷ Así se reconoce explícitamente en el informe “Contribución del sistema de las Naciones Unidas en conjunto a la promoción del programa relativo a las empresas y los derechos humanos y a la divulgación y aplicación de los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos” (julio de 2012) que señalan que de ellos “no se deriva ninguna nueva obligación jurídica”. Doc. A/HRC/21/21.

Los Principios Rectores han servido de base para la adopción de nuevos reglamentos de organismos privados (verbigracia, la Organización Internacional para la Normalización), intergubernamentales (actualización hecha en 2011 de las directrices para empresas multinacionales de la OCDE), de la sociedad civil y estatal (promoviendo, por ejemplo, la creación de planes nacionales de aplicación de los principios)⁵⁸. No debe perderse de vista, sin embargo, que no son, en estricto sentido, un marco jurídico sobre las obligaciones internacionales en el tema de protección de los derechos humanos frente a las empresas, sino normas blandas de *soft law* que señalan orientaciones generales a los Estados y a los actores privados empresariales para prevenir, garantizar el acceso a la justicia y remediar las violaciones de los derechos humanos por parte de las empresas (Chiara, 2015: 9).

2.2.5. La debida diligencia como solución *soft law*

La falta de regulación normativa para las empresas ha sido suplida por soluciones de tipo *soft law* que son evasivas de la responsabilidad jurídica. Una de esas salidas evasivas sobre la responsabilidad jurídica empresarial ha sido la figura de la debida diligencia que ha encontrado un terreno fértil de 2011 en adelante, período en que Naciones Unidas se ha dedicado a la implementación de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos.

Por la senda de la figura de la “debida diligencia”, recogida ampliamente en los documentos de Naciones Unidas como una estrategia innovadora de las empresas en relación con los derechos humanos, se ha evadido el tema de la responsabilidad jurídica empresarial. Con la debida diligencia casi siempre se ha llegado a respuestas propias del *soft law*, como códigos de buena conducta empresarial o principios o directrices de cumplimiento voluntario. Hay que decir igualmente que la noción de la debida diligencia ha sido recogida en importantes documentos de responsabilidad social empresarial⁵⁹ y ha sido base también

⁵⁸ Véase ONU. Consejo de Derechos Humanos (10 de abril de 2012). Informe del grupo de trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. A/HRC/20/29 párrafos 22 en adelante. También Chiara (2015: 9).

⁵⁹ Por ejemplo, en la *Guía de responsabilidad social* (norma ISO 26000 de 2010), de la Organización Internacional de Normalización, se dice que la debida diligencia es el “proceso exhaustivo y proactivo para identificar los impactos negativos reales y potenciales de carácter social, ambiental y económico de las decisiones y actividades de una organización a lo largo del ciclo de vida completo de un

de la jurisprudencia internacional⁶⁰. La debida diligencia en derechos humanos es un concepto adoptado de la teoría del riesgo que tiene como propósito prevenir los daños a los derechos, por lo cual se les reclama a las empresas asumir grados de prudencia razonables en sus operaciones o proyectos (“buenas prácticas”), con el fin de evitar los daños. Esta es la perspectiva que se encuentra en los principios rectores de la ONU sobre empresas y derechos humanos y en el marco de proteger, respetar y reparar de Ruggie.

El principio rector 17 sobre la debida diligencia en materia de derechos humanos, señala:

17. Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas. La debida diligencia en materia de derechos humanos:

proyecto o actividad de la organización, con el objetivo de evitar y mitigar dichos impactos negativos”. Véase Ibáñez; Ordóñez, 2014: 223.

⁶⁰ Por ejemplo, en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la responsabilidad internacional de los Estados por violaciones a los derechos se dicta cuando se prueba el incumplimiento de las obligaciones de respetar, garantizar y proteger las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos y de otros instrumentos regionales. En la jurisprudencia interamericana, el concepto de “diligencia debida” se ha relacionado con el deber del Estado de proteger y prevenir las violaciones de derechos humanos. Tanto la Corte Interamericana como la Comisión Interamericana han establecido que un hecho violatorio de los derechos humanos que en principio no resulte imputable directamente a un Estado, dado que fue obra de un particular o se desconoce a su autor, puede originar la responsabilidad del Estado si no hubo la debida diligencia de las autoridades para prevenir la violación. Verbigracia, esta tesis puede encontrarse, entre otras decisiones, en las siguientes:

(i) En la sentencia del caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras en el que la Corte determinó que la obligación estatal de garantizar “el libre y pleno ejercicio de los derechos” implica también el deber del Estado de organizar que el aparato gubernamental y todas las estructuras mediante las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia, si los estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos, y no lo hacen, quedan compelidos al restablecimiento del derecho vulnerado y a la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

(ii) En el caso María da Penha vs. Brasil (2000), la Comisión Interamericana concluyó que el Estado había menoscabado su obligación de ejercer la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, al no condenar y sancionar al victimario durante quince años pese a las reclamaciones oportunamente efectuadas por la víctima. La comisión sostuvo que dado que la violación de derechos de la señora Da Penha formó parte de un “patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado”, éste no sólo incumplió la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir. Para que el Estado cumpla con sus obligaciones, debe tomar medidas razonables para prevenir las violaciones de derechos humanos por parte de agentes estatales y de actores no estatales. Véanse Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.doc; Caso María Da Penha: <http://cidh.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm>.

- a) *Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales;*
- b) *Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones;*
- c) *Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas.*

La OCDE (2019) asocia la debida diligencia como parte de la “conducta empresarial responsable” (CER), separándose de la responsabilidad social empresarial que considera una postura filantrópica⁶¹. Esta CER es aplicable a todas las empresas, independientemente de su forma jurídica, tamaño, estructura de propiedad o sector, para evitar y abordar las consecuencias negativas de sus operaciones, al tiempo que contribuyen al desarrollo sostenible de los países en donde operan. Para esto las empresas deben considerar las consecuencias sociales y ambientales de sus actividades centrales, incluyendo las cadenas de suministro y cadenas comerciales. La CER tiene presente el riesgo: un proceso continuo mediante el cual las empresas identifican, previenen y mitigan sus impactos negativos actuales y potenciales y explican cómo se abordan. Con ello se garantizan entornos empresariales saludables que atraen inversiones, respetan los derechos de las partes interesadas y conducen a la creación de valor.

La OCDE expidió guías de debida diligencia conforme a las expectativas de las Directrices para industrias de los sectores financiero, minerales, agricultura, textil y el calzado. También en junio de 2018 lanzó una guía general de debida diligencia para la conducta empresarial responsable.

2.2.6. Una solución intermedia frágil: litigios a partir de la Alien Torts Claims Act (ATCA)

En general, existen dos posiciones extremas respecto al sometimiento de las empresas multinacionales: la primera, son las soluciones de tipo *soft law* como todas aquellas que se

⁶¹ Ver: OCDE. 2019. Conducta empresarial responsable y Puntos nacionales de Contacto. Disponible en: <https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/sites/ministerio-economia-finanzas/files/documentos/noticias/documento-de-recursos-cer-ocde.pdf>

relacionan con la responsabilidad social empresarial y la debida diligencia, las más posicionadas son las impulsadas desde las Naciones Unidas (Pacto Global y Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos) y desde la OCDE (Líneas Directrices para Empresas Multinacionales y Derechos Humanos). La segunda, en pleno desarrollo en Naciones Unidas es la creación de un tratado vinculante sobre Empresas y Derechos Humanos y de un tribunal internacional para juzgar crímenes corporativos, tema que abordaré en breve (Rodríguez garavito: 2018; Cantú: 2018). En medio de esas dos posiciones, se pueden ubicar los esfuerzos de los derechos internos o nacionales por juzgar la responsabilidad jurídica de las empresas frente a las violaciones a los derechos humanos que cometen, en especial desde el punto de vista civil. Este es el caso del ATCA.

La responsabilidad social empresarial es una forma de elusión de la responsabilidad jurídica de las empresas. Pero también es vía de elusión del enjuiciamiento de las empresas multinacionales comprometidas con violaciones a los derechos humanos, la estrategia de restricción del litigio de las víctimas ante tribunales de los países de origen de las empresas, o en los tribunales de los países donde han cometido los crímenes corporativos. Una prueba palpable de esto es la jurisprudencia conservadora que se ha venido imponiendo desde 2010 en los tribunales federales de Estados Unidos frente a la admisibilidad de procesos contra corporaciones en el marco del Alien Torts Claims Act (ATCA)⁶².

Esta ley de 1789 es un texto único por hacer suyo el derecho internacional (derecho de gentes o *ius cogens*). Tras un largo periodo de hibernación, este marco jurídico comenzó a ser utilizado por activistas, víctimas y abogados de países del sur a finales de la década de los ochenta para presentar demandas civiles ante tribunales federales en Estados Unidos, por violaciones de derechos humanos cometidas por empresas estadounidenses en el extranjero, buscando indemnizaciones por el quebrantamiento del derecho internacional⁶³. Pese a que víctimas de violaciones de derechos humanos de todo el mundo han recurrido a las cortes federales estadounidenses buscando a través de este instrumento obtener reparación por los daños que han sufrido en el extranjero, a la fecha ningún caso ha resultado favorable, y lo que se ha verificado son convenios indemnizatorios entre las víctimas y las empresas demandadas (Cantú: 2018, 66).

⁶² Ley de Reclamación de Agravios contra Extranjeros.

⁶³ Una completa referencia a bibliografía sobre la naturaleza jurídica del ATCA, a los debates dogmáticos, casos tramitados y jurisprudencia emitida en esta sede puede verse en: Zamora: 2012; Cantú: 2018.

Se suele decir que la jurisprudencia estadounidense, en el contexto de la ATCA, se ha desarrollado gracias a la aplicación extraterritorial de la ley en el ámbito del derecho civil (Bernal, 2015: 5), pero de manera más exacta no se trata de una norma extraterritorial, pues no es el derecho interno de Estados Unidos el que se proyecta hacia el exterior, sino el núcleo esencial del derecho de gentes que la ley hace suyo, para decidir compensaciones cuando se han cometido daños por actuaciones antijurídicas de personas naturales o jurídicas del país del norte o que residen en él, y están sujetas a la jurisdicción personal de tribunales estadounidenses. Una intensa discusión se ha desarrollado alrededor de si la jurisdicción de la ATCA otorga un título de acción directo ante la existencia de una violación del derecho internacional del *ius cogens*, o debe mediar algún desarrollo legislativo en Estados Unidos que explicita las conductas demandables, o las normas de responsabilidad empresarial; esta última tendencia restrictiva es la que ha venido prosperando (Zamora, 2006: 345; Cantú: 2018, 70)).

El ATCA es, entonces, un instrumento del derecho civil de tipo indemnizatorio que ha sido operado ante violaciones graves de derechos humanos (trabajo forzado, genocidio, desaparición, tortura, tratos crueles y otros). El primer caso en el que se aplicó el ATCA (Filartega vs. Peña Irala)⁶⁴ fue motivado en un acto de violencia policial y tortura en Paraguay. Como los policías acusados se encontraban en Estados Unidos, se pudo iniciar un proceso contra ellos.

Seguidamente fueron aceptadas por tribunales federales demandas apoyadas en el ATCA contra compañías multinacionales⁶⁵. Un caso emblemático es Doe vs. Unocal⁶⁶ de 2002, cuando en decisión de la primera instancia un juzgado de distrito del Noveno Circuito Federal (que confirmó) condenó a la multinacional petrolera Unocal, utilizando desarrollos

⁶⁴ Filartiga Vs. Pena-Irala. Sentencia 630 F.2d 876, 1980 U.S. App. LEXIS 16111 (2d Cir. NY, junio 30 de 1980).

⁶⁵ En el “Informe provisional del representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales” de 2006, Ruggie verificó 36 casos presentados en virtud del ATCA, de los cuales 20 habían sido desestimados, tres resueltos –ninguno a favor de los demandantes–, y el resto se encontraba en trámite. En enero de 2015 el Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos (CIEDH) verificó 108 casos relacionados con demandas extraterritoriales, es decir, originadas por abusos ocurridos fuera del país en donde se encuentran los tribunales en los que se presentan los casos, la mayoría en Estados Unidos. Ver: www.business-humanrights.org.

⁶⁶ John Doe y otros Vs. Unocal Corp. 395 F.3d 932 (9 Cir.2002)

jurisprudenciales de tribunales penales internacionales por crímenes probados contra la población en los que la compañía se había involucrado con el régimen dictatorial de Birmania.

Este fallo desató fuerte reacción del poder corporativo alineado y apoyado ideológicamente por la administración de Bush, produciendo un giro conservador en la jurisdicción de la ATCA. La Corte Suprema, que hasta ese momento se había rehusado a revisar las sentencias sobre el ATCA originadas en los diversos circuitos, en el caso *Sosa vs. Álvarez-Machaín* (2004)⁶⁷ revisó y llamó a la cautela a los jueces para aceptar causas en esta jurisdicción, sosteniendo que la ATCA les permitía a los tribunales federales admitir reclamaciones privadas para un número modesto de violaciones de derecho internacional (por medio de normas específicas, universales y obligatorias), según el derecho federal común.

La violación de normas, por lo tanto, debía referirse a normas internacionales específicas, universales y obligatorias. Sólo esto podía originar precedentes sobre la base del derecho común interno, teniendo presente que el poder legislativo debía prevalecer a la hora de crear nuevas causas de acción (Zamora, 2006: 355; Cantú: 2018, 72). Entre las teorías que limitaban la acción en marco del ATCA comienzan a ser determinantes la doctrina del *forum*

⁶⁷ José Francisco Sosa Vs. Humberto Álvarez - Machain, y otros. Sentencia No. 03-339 de la Suprema Corte, del 29 de junio de 2004.

*non conveniens*⁶⁸, la visión restringida de la *customary international law* o ley de las naciones⁶⁹ y la *political deference*⁷⁰ (Bernal, 2015; Cantú: 2018, 72 y ss).

Es notable la división de opiniones entre los jueces y circuitos judiciales desde los años ochenta alrededor de la pregunta de si con el ATCA son admisibles las acciones civiles entabladas contra empresas multinacionales, con fundamento en violaciones al derecho de gentes.

La mayoría de los jueces que siguen las consideraciones del fallo *Sosa vs. Álvarez Machaín*, estiman que el derecho interno de Estados Unidos impone la responsabilidad frente a esas empresas, pero este asunto cambia en relación con el ATCA porque esta normativa es aplicable sólo en referencia al derecho internacional, y en relación con un número limitado de conductas prohibidas por el *ius cogens*. El derecho internacional ha optado por la exclusión de las empresas del ámbito competencial de los tribunales, como

⁶⁸ Institución procesal del derecho anglosajón que otorga una facultad discrecional a los jueces para suspender o cesar un proceso con la razón de que existe otro foro competente y más idóneo para conocer la causa.

⁶⁹ Indica que es procedente una causa vía ATCA no sólo si el delito que la motiva contraviene el derecho internacional, sino fundamentalmente si viola un tratado internacional suscrito por Estados Unidos. Ya se sabe que caracteriza a la política exterior del país del Norte participar, orientar y obstruir la normativa internacional en materia de derechos humanos, medio ambiente, justicia y seguridad, imponiéndoles normas a quienes considera sus enemigos pero liberando a Estados Unidos y a sus aliados de cualquier escrutinio de parte de la ONU o de otros foros.

Dentro de esta estrategia de Estados Unidos se encuentra no firmar ni aprobar tratados internacionales. A continuación se presenta un listado con tales tratados internacionales: la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Cedaw); el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena; el Protocolo de Kioto de la Convención ONU sobre Cambio Climático; los convenios contra crímenes de guerra y contra crímenes de lesa humanidad; el tratado de la ONU sobre la prohibición completa de los ensayos nucleares; la convención internacional contra el reclutamiento, la financiación y el entrenamiento de mercenarios; el convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas; el convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo; la convención sobre los derechos del niño; la convención contra la prostitución y pornografía infantil; el protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte; el convenio relativo a la libertad sindical, negociación colectiva y sobre la edad mínima para el empleo, y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, entre otros tratados regionales no suscritos.

⁷⁰ Esta doctrina se vincula a los efectos que el proceso entablado en el marco del ATCA pueda tener sobre las relaciones internacionales de Estados Unidos con otros países o gobiernos. Tiende a limitar o impedir que decisiones judiciales puedan interferir con las de las ramas políticas, o que los jueces puedan conocer sobre ciertas materias que son potestativas de la política exterior o que puedan determinar la legalidad de actos oficiales extranjeros.

ocurrió en el Estatuto de Roma; y en el derecho consuetudinario tampoco existe ese tipo de responsabilidad (Cantú: 2018, 68). *Ergo* si en el derecho internacional se ha excluido la responsabilidad de las empresas, no es posible alegar la responsabilidad corporativa en el marco del ATCA, y menos cuando no existe una práctica generalizada en la administración de justicia para juzgar comportamientos corporativos transgresores del orden internacional.

Lo anterior no implica que el texto del ATCA no pueda usarse contra los individuos perpetradores de violaciones del derecho internacional consuetudinario. Las personas vinculadas a las empresas multinacionales son enjuiciables por esta vía, como sería el caso de los empleados, gestores, directivos y cuantos de manera intencionada inciten y ayuden a tales violaciones. El hecho de que el ATCA no sea procedente para juzgar y sancionar empresas multinacionales con base en el derecho internacional público, no significa que no procedan las acciones penales, administrativas o civiles contra las empresas según el derecho interno de cualquier estado de la unión. Tampoco impide que el Congreso de Estados Unidos pueda legislar al respecto.

De manera contraria, la posición menos garantista para el acceso de la justicia de las víctimas señala que el fallo *Sosa vs. Álvarez Machaín* (2004) hace una negación del derecho internacional y su propósito de protección de los derechos humanos, lo cual genera impunidad total frente a graves crímenes corporativos. El hecho de que los tribunales internacionales no hayan impuesto sanciones penales a las empresas se explica por las trabas jurídicas alrededor de la teoría del delito y del fin de las penas, pero ello no tiene relevancia en el campo de la responsabilidad civil compensatoria.

La posición conservadora de la administración de justicia de Estados Unidos, frente al tema de las demandas contra empresas multinacionales por su participación en violaciones de derechos humanos, se consolidó con la decisión de Tribunal Supremo en el caso *Kiobel vs. Shell* en abril de 2013⁷¹. En esta decisión se definió de manera muy restrictiva: 1) las posibilidades y condiciones de aplicación del derecho internacional en la jurisdicción interna de los Estados, y 2) la improcedencia de declarar la responsabilidad de las corporaciones por las violaciones de derechos humanos cometidas por el gobierno del país donde ellas operan.

⁷¹ Esther Kiobel y otros Vs. Royal Dutch Petroleum y otros. No. 10-1491, Sentencia Suprema Corte del 17 de abril de 2013.

De acuerdo con el caso, nacionales nigerianos residentes en Estados Unidos, amparados en la ATCA, presentaron en 2002 una demanda contra la Royal Dutch/Shell ante un tribunal federal, por las graves violaciones de derechos humanos en la región del pueblo Ogoni, cometidas contra pobladores y activistas ambientales por el gobierno militar de Nigeria, con la participación y connivencia de la empresa petrolera. En 1994, Barinem Kiobel y otros activistas fueron detenidos ilegalmente e incomunicados por los militares, juzgados por un tribunal especial sin el respeto de los estándares internacionales del debido proceso y, finalmente, condenados por asesinato y ejecutados.

Los demandantes alegaron que Shell, por medio de su subsidiaria nigeriana Shell Petroleum Development Company of Nigeria (SPDC), proporcionó transporte a las tropas militares nigerianas; permitió que los predios de la compañía se utilizaran como zonas de preparación para los ataques en contra de los ogoni, y proporcionó alimento y pagó a los soldados. Los demandantes reclaman que las compañías acusadas fueron cómplices de tortura, asesinatos extrajudiciales y otras violaciones, según la ATCA⁷².

A lo largo del proceso se reiteró en todas las instancias la posición inicial expresada por un Tribunal de Distrito en marzo de 2008, según la cual no era admisible el caso por falta de jurisdicción personal y de la ausencia de un nexo causal entre la empresa matriz y su subsidiaria frente a los hechos denunciados.

En noviembre de 2009, el tribunal resolvió una moción de los demandantes para reexaminar el asunto de la jurisdicción. Indicó que se debía establecer una relación directa entre la empresa de Estados Unidos y la subsidiaria SPDC para que pudiera aplicarse la ATCA. En junio de 2010, el Tribunal de Distrito dictaminó que no se había probado la relación entre las empresas, y se desestimó la demanda en contra de SPDC. Ante la apelación de los demandantes, en septiembre de 2010 el Tribunal de Apelaciones emitió una exhaustiva opinión respecto de demandas presentadas según la ATCA que involucran a las empresas demandadas. La opinión mayoritaria confirmó la decisión del tribunal de primera instancia

⁷² Véase <http://business-humanrights.org/es/perfil-de-las-demandas-judiciales-contra-shell-por-actividades-en-nigeria-0>.

de inadmitir la demanda, y agregó como razón que la ATCA no podría usarse para demandar empresas por violaciones al derecho internacional⁷³.

Los demandantes, entonces, le solicitaron a la Corte Suprema que escuchara una apelación al dictamen del tribunal de instancia, petición aceptada en octubre de 2011. En marzo de 2012, la Corte Suprema les solicitó a las partes que presentaran sus informes complementarios aclarando si la ATCA les permite a los tribunales federales sostener audiencias sobre demandas que aleguen las violaciones al derecho internacional que ocurran fuera de Estados Unidos. En abril de 2013, la Corte Suprema emitió una sentencia en la que postuló que la ATCA no se aplicaba a conductas fuera de Estados Unidos, y por lo mismo reafirmó las decisiones de los órganos judiciales de instancia de inadmitir el caso. Indicó la Corte que la ATCA no tenía la pretensión de crear en Estados Unidos un foro único de aplicación de normas internacionales similar a la ONU.

El fallo de la Corte estuvo precedido de diversos *amicus curiae*, entre ellos uno de la alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que defendió la necesidad de que las víctimas de violaciones de derechos humanos tuvieran derecho a compensación por las atrocidades cometidas en su contra, y se refirió a la ausencia de vías judiciales internas para que las víctimas pudieran presentar sus reclamos frente a los responsables de las violaciones⁷⁴.

Con este fallo, la Corte Suprema confirmó la tendencia de cerrar el acceso de las víctimas vía ATCA a los tribunales en Estados Unidos para poner en ejecución una norma de derecho internacional (específicamente *ius cogens*) ante hechos ilícitos que ocasionaran daños civiles cometidos en el exterior por personas naturales o jurídicas bajo su jurisdicción, y susceptibles de ser indemnizadas.

En *Kiobel vs. Shell*, la Corte Suprema expresó varios razonamientos: aclaró la presunción de que las leyes de Estados Unidos no se aplican extraterritorialmente como regla general. El texto de la ATCA no indica la pretensión de aplicar la extraterritorialidad, contrariando la regla general. La referencia a que el reclamante debe ser extranjero no significa que la

⁷³ Ante esta posición, hubo un voto disidente al fallo de la mayoría emitido por el tercer juez del panel de la Corte de Apelaciones, quien argumentó que la decisión adoptada significaba un golpe sustancial al derecho internacional y a su misión de proteger los derechos humanos fundamentales.

⁷⁴ Véase <http://www.iei.uchile.cl/noticias/91276/corte-suprema-de-eeuu-y-el-caso-kiobel>.

violación al derecho internacional debe ocurrir en el exterior. La ATCA sólo puede ser base de jurisdicción cuando las partes y la conducta relevante de un caso tenga suficiente vinculación con Estados Unidos. Situación diferente ocurre cuando este país es parte de una convención y ha adoptado legislación de implementación, lo cual lo obliga a perseguir y castigar los delitos contra el derecho internacional.

Muchos de los derechos alegados por las víctimas en la jurisdicción estadounidense son civiles y políticos, violados por empresas de Estados Unidos en diferentes lugares del mundo. Estos derechos se encuentran consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que ha sido ratificado por 167 países en el mundo, lo que demostraría que es derecho de los pueblos aceptado por “las naciones civilizadas”. Cuatro países involucrados en el caso Kiobel son ratificantes de este Pacto: Estados Unidos como foro y lugar de residencia de los demandantes; los Países Bajos e Inglaterra donde se constituyó y tienen su sede los principales demandados y Nigeria como el país de una *joint venture* de ambas empresas europeas y país de nacionalidad de los demandantes. Siendo esto así, habría una justificación suficiente para reconocer a las víctimas algunos daños extracontractuales alegados en el caso Kiobel, con fundamento en una norma universal y obligatoria. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sería en este caso una regla *inter partes* que debía haber sido la base para fallar⁷⁵.

En 2013, cuando se conoció la decisión sobre el caso Kiobel, había por lo menos 19 casos pendientes en tribunales estadounidenses basados en la ATCA contra empresas comprometidas en violaciones de los derechos humanos. Como consecuencia de la posición conservadora, en 2014 apenas fue aceptada una denuncia contra una empresa en un tribunal estadounidense: “Diversos tribunales inferiores han desestimado la mayoría de casos que se encontraban pendientes bajo la ley ATCA en el momento en que se tomó la decisión en el caso Kiobel, haciendo uso de un estándar más estrecho sobre la extraterritorialidad” (Business-humanrights, 2015).

⁷⁵ En el caso *Sosa vs. Alvarez-Machain* de 2004, la Suprema Corte dejó establecido que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no constituía una norma pertinente y aplicable de derecho internacional, debido a su carácter no auto-ejecutable, lo que sentó la tesis de la inaplicabilidad del derecho internacional conforme a los sistemas jurídicos nacionales, y por lo mismo la negación absoluta del principio de *pacta sunt servanda* (Cantú: 2018, 74).

2.2.7. Un tribunal internacional para juzgar crímenes corporativos

Paralelo al desarrollo de todos los dispositivos comentados de *soft law* en las Naciones Unidas, prosperaron propuestas políticas y académicas para la creación de un tratado de derechos humanos vinculante para las empresas. El abanico de opciones para lograr este cometido ha contemplado desde una reforma al Estatuto de Roma para la ampliación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional que incluya a las personas jurídicas de derecho privado, hasta la idea de crear una Corte Mundial de Derechos Humanos, como organismo multilateral permanente y subsidiario (Cantú: 2018, 55 y ss). La reforma de la CPI es una salida ya discutida y rechazada por los Estados, que no encontraron compatibilidad entre los objetivos de un sistema de protección de derechos humanos, cuyo fin es la reparación a las víctimas, y los de un sistema penal enderezados a castigar conductas criminales; por ende, debería propugnarse por ambas opciones que serían complementarias.

Varios analistas opinan que la mayor barrera para la creación de un tribunal que juzgue a las empresas multinacionales por sus crímenes contra los derechos humanos se encuentra, en definir con exactitud los crímenes o tipos penales sobre los cuales aquél tendría competencia.

Aunque se reconoce que las empresas multinacionales (y los inversionistas) deben responder por los crímenes contra el *ius cogens*, y que esa responsabilidad se fortalece con el mayor grado de proximidad que tengan sus actividades con las víctimas, se ha saldado la discusión aduciendo que la responsabilidad penal recae exclusivamente sobre los individuos vinculados con las empresas. De suerte que no se ha logrado hasta el momento autonomizar los delitos sobre los que deberían responder las multinacionales por sí mismas, como personas jurídicas.

Al lado de las violaciones al *ius cogens*, que podrían delimitarse claramente apelando al conjunto normativo del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, existe en varios regímenes jurídicos conductas ilícitas imputables a las empresas, entre

ellas algunos delitos relacionados con el soborno corporativo⁷⁶, el medio ambiente^{77/78} y los derechos relacionados con el trabajo y las libertades sindicales⁷⁹, pero no hay consensos suficientes para aceptar un catálogo de delitos internacionales que sean la base para la actuación de un tribunal para las corporaciones.

Quienes estudian este tema coinciden en la idea que previo a la creación de un tribunal internacional para multinacionales, se debe definir con exactitud los crímenes sobre los que tendrá competencia, y que específicamente deben versar sobre delitos económicos o ecológicos (Hernández; Ramiro: 2015; Sieber: 2013; Nieto: 2012). Además se requiere avanzar en la justificación de un *forum necessitatis* o jurisdicción penal universal para los actores empresariales involucrados en las actividades ilícitas, violatorias de los derechos humanos (Chiara: 2015).

⁷⁶ Son avances internacionales frente al delito de soborno por parte de empresas multinacionales la Ley Anti-soborno británica (Bribery act de 2010); la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, artículo 26 sobre responsabilidad de las personas jurídicas; la Convención Interamericana contra la Corrupción (artículo VIII sobre soborno transnacional), y la Convención de la OCDE para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. También la Ley Orgánica 5 del 2010 de España, cuyo artículo 31 bis señala: “Las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho”.

⁷⁷ En este aspecto, la Corte Constitucional en Colombia ha planteado la discusión dogmática sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A partir de la sentencia C-843 de 1999, estudió la constitucionalidad del artículo 26 de la Ley 491 de 1999 que introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en delitos ambientales; declaró la inconstitucionalidad del precepto, por la indefinición legal de aspectos como conductas, sanciones y procedimientos. Reiteró el criterio según el cual, si bien en la ley colombiana no se establece el principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas, tal posibilidad depende de la configuración normativa del legislador. El Código Penal del año 2000, y sus reformas, no han incorporado ningún precepto del cual derive la responsabilidad penal de las empresas frente a los crímenes que puedan llegar a cometer.

⁷⁸ Ultimamente se ha venido aceptando en el derecho internacional que una violación de derechos humanos se puede derivar indirectamente de una violación al derecho al medio ambiente, que se ha empezado además a concebir como un derecho humano autónomo. Por ejemplo, en la Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que el derecho al medio ambiente es un derecho autónomo que se encuentra consagrado en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador. Por ende, es evidente el vínculo directo entre el derecho al medio ambiente sano y los derechos humanos, y esta conexión se vuelve relevante frente a las actividades empresariales.

⁷⁹ ONU. Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar” A/HRC/17/31, en especial el principio 12. La Declaración Tripartita Principios sobre Empresas Multinacionales y Política Social de la Organización Internacional del Trabajo (1977, 2001).

Se requiere transitar un proceso histórico similar al que permitió el logro de la Corte Penal Internacional. Un paso determinante para aprobación del Estatuto de Roma fue el consenso internacional alcanzado sobre los crímenes que juzgaría la corte, considerados como las más graves violaciones de las normas imperativas del derecho internacional: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Estas conductas solamente fueron aceptadas para ser imputables a individuos, con lo se prolongó el vacío jurídico alrededor de la responsabilidad de las personas jurídicas. Lograr la tipificación y persecución penal de los crímenes económicos y ecológicos (y de otra naturaleza) cometidos por las corporaciones, neutraliza a la vez la estrategia del *soft law* que han adoptado las empresas, entre otros escenarios, en las Naciones Unidas por medio del Pacto Global y de los Principios Rectores para Empresas y Derechos Humanos. Los delitos cometidos por las empresas multinacionales deben configurar un nuevo ámbito de intervención del derecho penal internacional.

Para autores como Adán Nieto (2012), el medio ambiente es el bien jurídico global que permitiría avanzar en un consenso para la configuración de una primera fase de responsabilidad penal de las empresas multinacionales, sabiendo además que su tutela por los ordenamientos nacionales no siempre resulta eficaz. Se requiere desvincular el derecho penal internacional del medio ambiente de las normas administrativas y civiles nacionales en las que se ha confinado este bien jurídico, ganando una conciencia jurídica de cooperación internacional para su protección y sanción.

La *green criminology* ha demostrado que los delitos ambientales se cometen especialmente en los países periféricos (percibidos como “países basureros”) en donde los estándares de protección ambiental (y también laboral, tributaria, anticorrupción, etc.) se reducen, facilitando la acción criminal de las empresas multinacionales e inversionistas. Para revertir esta tendencia es imperioso: 1) fijar unos estándares medioambientales aceptados internacionalmente, 2) tipificar los delitos comunes y reclamables, cuyo desacato abra el campo a la acción penal, y 3) aceptar un sistema de responsabilidad penal basado en el castigo de las personas jurídicas y no sólo en un régimen de responsabilidad de las personas naturales vinculadas a las empresas.

Los delitos que describe el profesor Nieto (2012) en su propuesta de un derecho penal internacional del medio ambiente, relacionados además con los derechos humanos, son: 1)

el genocidio ecológico; 2) las conductas que causan daños al medio ambiente con carácter transnacional: el tráfico ilícito y el delito ecológico transfronterizo; 3) las conductas que causan macro-daños ambientales y genocidio; y 4) las conductas de expoliación de recursos naturales que provocan daños al medio ambiente (delito de patrimonicidio).

Por otra parte, siguiendo a los profesores Hernández y Ramiro (2015), los crímenes internacionales de carácter económico o ecológico pueden tipificarse por estos elementos: 1) son todas las conductas y prácticas de las empresas transnacionales y de las personas vinculadas a esas corporaciones que violan gravemente a los derechos civiles, políticos, sociales, económicos, culturales y medioambientales; 2) las conductas violatorias de esos mismos derechos, cometidas por otros Estados y por las instituciones internacionales económico-financieras (inversionistas), mediante personas físicas que las representan o les sirvan; 3) los actos violatorios de los derechos sociales y colectivos cometidos por las empresas, los otros Estados y las instituciones internacionales económico-financieras en la calidad de cómplices, colaboradores, instigadores, inductores o encubridores; y 4) el carácter internacional del crimen económico o ecológico se configura cuando la conducta delictiva afecta los intereses de la seguridad de la comunidad mundial, o sea, cuando vulnera bienes jurídicos reconocidos como fundamentales.

Al lado de la delimitación de los delitos internacionales sobre los cuales podrá actuar un tribunal internacional para empresas multinacionales, es imprescindible que la comunidad internacional acepte la necesidad de su creación. La base para argumentar en favor del establecimiento de un tribunal de esta naturaleza se encuentra en dos hechos : 1) son inocultables las limitaciones y obstáculos que los Estados tienen para reprimir determinadas conductas ilícitas cometidas por actores económicos internacionales, cuyos efectos son transnacionales y requieren la cooperación multilateral para su persecución y castigo (Nieto: 2012, 139; Skinner; *et al.* 2013; Rodríguez Garavito: 2018; Cantú: 2018); y 2) la falta de jurisdicción de los tribunales internacionales existentes sobre las conductas ilícitas cometidas por actores económicos internacionales, hace impracticable el principio de complementariedad de la justicia internacional; *ergo*, se debe permitir el ejercicio de una jurisdicción penal universal que se configure como un instrumento complementario pero necesario para la persecución de conductas criminales corporativas, y hacer viable el establecimiento de un tribunal permanente de justicia penal para reprimir los crímenes

económicos y ambientales de las empresas multinacionales y de otros agentes económicos globales.

En cuanto a la justicia penal universal para las empresas, explica la profesora María Chiara (2015: 13), se deben encontrar las bases normativas sobre la existencia de una obligación internacional que garantice un foro de necesidad en todos los casos en que resulte ser la última posibilidad para las víctimas de recibir justicia⁸⁰. Con base en la idea del *forum necessitatis* para las víctimas de crímenes corporativos, los Estados estarían compelidos a intervenir a modo de *actio popularis* para cumplir así las obligaciones *erga omnes* derivadas de los tratados de derechos humanos, y para defender los intereses fundamentales de la comunidad internacional.

Dado que en el derecho internacional no se encuentran los instrumentos normativos y procesales necesarios para hacer que las empresas multinacionales sean directamente responsables de las violaciones a los derechos humanos, la aplicación del concepto del *forum necessitatis* es un buen argumento para la inmediata persecución de crímenes corporativos mientras se establece un tribunal especial para esos fines. (Chiara: 2015, 12).

Ciertamente, la comunidad internacional ha dado pasos dirigidos a desarrollar los instrumentos jurídicos requeridos para enjuiciar a las empresas multinacionales. Primero, las Naciones Unidas aprobaron los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos con su marco de “Proteger, Respetar y Remediar”; luego se estableció el Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de las Empresas y los Derechos Humanos, cuyo mandato esencial se dijo está orientado a promover herramientas para implementar los Principios Rectores a escala nacional e internacional, y a trabajar para que las víctimas de conductas corporativas ilícitas mejoren el acceso a recursos efectivos disponibles.

En sus informes, el Grupo de Trabajo ha dado cuenta de un entorno favorable para el desarrollo de diversas estrategias y buenas prácticas que han permitido la apropiación y aplicación de los Principios Rectores por parte de gobiernos (mediante planes nacionales de acción), organizaciones internacionales, empresas y entidades de la sociedad civil en

⁸⁰ Al respecto resultan de interés y de referencia los principios de Bruselas y de Princeton sobre el ejercicio de la jurisdicción universal para acabar con la impunidad. Disponibles en http://www.iccnw.org/documents/BrusselsPrinciples6Nov02_sp.pdf.

todos los continentes⁸¹. No ocurre lo mismo en relación con el acceso a un recurso efectivo por parte de las víctimas de violaciones a los derechos humanos imputables a las empresas, caso en el que el Grupo sólo reporta actividades académicas y de reflexión⁸².

- ***Grupo de Trabajo Intergubernamental y la propuesta “cero” para un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos***

El más radical paso de la comunidad internacional en el camino hacia un tratado vinculante para las empresas en relación con los derechos humanos, y para avanzar en el acceso a un recurso jurídico efectivo por parte de las víctimas de los delitos corporativos, se dio en junio de 2014 cuando el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, mediante la Resolución A/HCR/RES/26/9 creó el Grupo de Trabajo Intergubernamental, con esa misión.

En las actas de la primera reunión del Grupo de Trabajo Intergubernamental, celebrada en Ginebra en julio de 2015⁸³, se dice que fue importante la participación de redes internacionales como la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), o del Comité Internacional de Coordinación de Instituciones Nacionales para los Derechos Humanos a favor de incluir las empresas nacionales en un tratado vinculante, pero también se advierte la ausencia y el bajo compromiso de los Estados claves de los países desarrollados para participar en los acuerdos. Esta cuestión compleja de lograr consensos entre los Estados para un tratado vinculante y para la eventual creación de una corte internacional para juzgar los crímenes de las empresas multinacionales, es el punto que con mayor fuerza justifica la idea de una gobernanza policéntrica, basada en soluciones de tipo *soft law*. (Rodríguez Garavito: 2018, 43 y ss; Cantú: 2018, 62).

⁸¹ En el último informe del Grupo de Trabajo sobre Empresas y derechos Humanos de octubre de 2018 (A/73/163), se dice que desde 2011 la debida diligencia se ha convertido en norma de conducta aceptada a nivel mundial por Estados, empresas y organizaciones internacionales como la OCDE. Una de sus concreciones es la elaboración en los últimos años de veinte planes de acción nacionales sobre el tema. Según el informe, las dificultades para la implementación de los estándares de debida diligencia se encuentra en lagunas que tienen las empresas para la gestión de riesgos en derechos humanos, y en las lagunas de los gobiernos que no dictan legislación para regular las actividades empresariales, o dictan normas contrarias a los Principios Rectores.

⁸² Véase Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las transnacionales y otras empresas, presentado en el vigésimo periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en abril de 2012. A/HRC/20/29.

⁸³ Véase <http://business-humanrights.org>.

Lo importante de la ruta iniciada es que a instancias del Grupo de Trabajo Intergubernamental para la creación de un tratado vinculante para las transnacionales y otras empresas, se han empezado a presentar propuestas normativas muy avanzadas sobre ese instrumento jurídico tanto de los Estados que apoyan esta iniciativa⁸⁴ como de las redes de la sociedad civil⁸⁵.

La primera sesión del Grupo de Trabajo Intergubernamental (GTI) se llevó a cabo en Ginebra en julio de 2015, la segunda en octubre de 2016 y la tercera en octubre de 2017, presentando en esta última reunión Ecuador, como presidencia del GTI, un documento sobre “Elementos para el Proyecto de Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante sobre Empresas Transnacionales y otras empresas con respecto a los Derechos Humanos”⁸⁶. Con base en las discusiones suscitadas por el anterior documento, en julio de 2018, el Grupo de Trabajo Intergubernamental publicó el “borrador cero” del tratado vinculante⁸⁷ que paso a analizar.

⁸⁴ Frente a la Resolución 29/9 que creó el grupo de trabajo intergubernamental, los Estados se dividieron así: 1) Votos a favor: Argelia, Benin, Burkina Faso, China, Congo, Costa de Marfil, Cuba, Etiopía, Federación de Rusia, Filipinas, India, Indonesia, Kazajistán, Kenia, Marruecos, Namibia, Pakistán, Sudáfrica, República Bolivariana de Venezuela, Vietnam. 2) Votos en contra: Alemania, Austria, Estados Unidos de América, Estonia, antigua República Yugoslava de Macedonia, Francia, Irlanda, Italia, Japón, Montenegro, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Rumania. 3) Abstenciones: Arabia Saudita, Argentina, Botsuana, Brasil, Chile, Costa Rica, Emiratos Árabes Unidos, Gabón, Kuwait, Maldivas, México, Perú, Sierra Leona.

⁸⁵ Una de las primeras propuestas de redes de la sociedad civil global se encuentra en el documento “Ideas y propuestas para avanzar hacia un tratado internacional de los pueblos para el control de las empresas transnacionales” (2014) de la campaña “Desmantelemos el poder corporativo y pongamos fin a la impunidad”. En la presentación de este documento se expresa que es fruto de la construcción colectiva de múltiples movimientos sociales, pueblos originarios, organizaciones sindicales, expertos, activistas y comunidades afectadas por las prácticas criminales de las empresas transnacionales. El objetivo de esta iniciativa es someter la estructura jurídico-política de permisividad, ilegalidad e impunidad generalizada que sustenta el poder de las empresas transnacionales, a normas y reglas de protección de los derechos humanos. Es un tratado que necesita ser diseñado fuera de la lógica jurídica clásica del derecho internacional. El tratado pretende recoger la experiencia acumulada de las luchas contra las transnacionales, los Estados colonialistas y las instituciones financieras cómplices. Consúltese en http://www.stopcorporateimpunity.org/?page_id=3387&lang=es.

⁸⁶ Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs_SP.pdf

⁸⁷ Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/wgtranscorp/pages/igwgontnc.aspx>. Traducción oficiosa al español en: <https://www.business-humanrights.org/es/traducci%C3%B3n-borrador-cero-del-instrumento-jur%C3%ADdicamente-vinculante-para-regular-en-el-marco-del-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos-las-actividades-de-las-empresas>

Inicialmente hay que rescatar los elementos propuestos por Ecuador, país que tiene la presidencia del GTI, a la tercera sesión del grupo llevada a cabo del 23 al 27 de octubre de 2017, en la que se recogen las propuestas de los Estados y otras partes interesadas, y que será la base para negociaciones sustantivas sobre el tratado vinculante.

- a) Para el **preámbulo** se propuso la invocación de los tratados principales de derechos humanos de la ONU y hacer referencia entre otros insumos a: las Normas sobre responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas; los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos; a la Resolución 56/83 y Documento A/56/49 (vol. 1) Corr.4 sobre responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos; los principios sobre derechos de las víctimas de manifiestas violaciones a los derechos humanos y de infracciones al derecho internacional humanitario a interponer recursos y a obtener reparaciones (A/RES/60/147); la declaración tripartita de la OIT sobre empresas multinacionales y política social; los principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (E/CN.4/2005/102(Add.1)); la declaración sobre el derecho y la responsabilidad de personas, grupos y órganos de la sociedad de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales (Resolución 53/144 de la Asamblea General). Y la reafirmación de la Resolución A/HRC/RES/26/9 del Consejo de Derechos Humanos que le dio mandato al GTI.
- b) Como **principios** se señalan aquellos recogidos en los tratados internacionales que versan sobre el reconocimiento y cumplimiento de las obligaciones de respeto, cumplimiento y protección de los derechos humanos por parte de los Estados; el de primacía de estas obligaciones; el de soberanía y no intervención en los asuntos internos de los Estados; el de investigación y sanción de los abusos y violaciones a los derechos humanos por parte de empresas transnacionales y otras empresas; el respeto de las tradiciones legales y prácticas jurídicas de los Estados; el de autodeterminación, acceso a la justicia, acceso a un recurso efectivo, participación, no discriminación e inclusión; el de participación y reparación integral de las víctimas, y la protección especial de los pueblos indígenas, mujeres, niñas y niños, personas con discapacidad, refugiados y desplazados internos; entre otros.
- c) Como **propósito** del instrumento se enuncia el de crear un marco internacionalmente vinculante que garantice el respeto, promoción y protección de los derechos humanos frente a violaciones y abusos resultantes de las actividades

de las empresas transnacionales y otras empresas. Consiguientemente se buscará: asegurar la responsabilidad civil, administrativa y penal de las empresas; incluir mecanismos que garanticen el acceso de la justicia a las víctimas y para una reparación efectiva, incluyendo recursos adecuados y las garantías de no repetición; fortalecer la cooperación internacional entre todos los actores relevantes para investigar y sancionar las violaciones empresariales; prevenir los impactos adversos de las actividades empresariales sobre los derechos humanos y reafirmar las obligaciones de los Estados en esta materia.

- d) Como **objetivos** se destacan el de facilitar la plena aplicación de la responsabilidad primordial del Estado contra las violaciones y abusos cometidos por empresas transnacionales y otras empresas en su territorio o jurisdicción; el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales; la inclusión de medidas preventivas para evitar las violaciones y abusos empresariales; el acceso adecuado a la justicia de las víctimas; establecer o fortalecer recursos efectivos; fortalecer la cooperación internacional y la asistencia jurídica para hacer frente a las violaciones y abusos empresariales a los derechos humanos y reafirmar la primacía de los derechos humanos sobre los acuerdos de comercio e inversiones.
- e) Como **ámbito de aplicación** se propuso a nivel **objetivo** que el futuro tratado abarcara todas las violaciones y abusos de derechos humanos cometidos por actividades de empresas transnacionales y otras empresas, independientemente de su modo de creación, control, tamaño, propiedad o estructura. En el ámbito **subjetivo** el tratado actúa sobre la actividad empresarial, especialmente si esta tiene carácter transnacional.
- f) **Contenido del tratado:** los **derechos protegidos** deben ser todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Como **actividades concernidas**, el instrumento debe actuar sobre las violaciones y abusos a los derechos humanos de cualquier actividad empresarial de carácter transnacional, incluidas las empresas, asociaciones, corporaciones, compañías, personas naturales o personas jurídicas, o cualquier combinación de estas figuras, independientemente del modo de creación, control o propiedad que tengan, incluyendo a las sucursales, subsidiarias, afiliadas u otras entidades directa o indirectamente controladas por las empresas. Como **actores concernidos**, el instrumento debe contemplar a los Estados y organizaciones de integración económica regional, a las empresas transnacionales y otras empresas y a las personas naturales.

- g) **Obligaciones del Estado:** las descritas anteriormente sobre protección, promoción, respeto y cumplimiento de los derechos humanos; garantía de acceso a la justicia para las víctimas y a un recurso efectivo; garantía de reparación integral a las víctimas; y la garantía de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones y abusos empresariales a los derechos humanos. Se expresa que los Estados deben: adaptar la legislación interna a las disposiciones del tratado vinculante; adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para diseñar, implementar y dar seguimiento a políticas nacionales sobre derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas, teniendo en cuenta la primacía de los derechos humanos sobre los intereses económicos o de otra índole de las empresas; que en la contratación pública las licitaciones se adjudiquen a los licitadores que se comprometan a respetar los derechos humanos y las prescripciones del tratado vinculante; adoptar mecanismos adecuados a nivel interno para prevenir y evitar las violaciones y abusos en todas las cadenas empresariales y de suministro; asegurar que las empresas transnacionales y otras empresas realicen evaluaciones de impactos ambientales y de derechos humanos que abarquen todas las áreas de sus actividades; y exigir requisitos de transparencia de información a las empresas.
- h) **Obligaciones de la empresas transnacionales y otras empresas:** deberán cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos; evitarán los impactos a los derechos humanos que causen sus actividades y proporcionarán reparación por vía judicial y no judicial, con respeto del debido proceso; diseñar, adoptar y aplicar políticas internas consistentes con las normas de derechos humanos, e incorporar mecanismos efectivos de monitoreo y revisión; y se bastarán de realizar actividades que menoscaben el Estado de derecho.
- i) **Medidas preventivas:** la propuesta indica que el futuro instrumento debe propiciar la participación de las empresas para la adopción de marcos jurídicos y no jurídicos como la debida diligencia en materia de derechos humanos, que abarquen diferentes políticas, procesos y medidas empresariales. Los Estados estarán obligados a la expedición de normas internas y de otra naturaleza para que las empresas cumplan con la debida diligencia en su territorio o jurisdicción; la evaluación periódica de las políticas empresariales y de las filiales; la adopción de medidas para la reducción del riesgo de violaciones a los derechos humanos; la adopción de sistemas de alerta temprana para corregir inmediatamente las violaciones y abusos a los derechos humanos; deben las autoridades promover

procesos de consulta con adecuados con todos los actores relevantes frente a las actividades empresariales; exigirán rendición de cuentas periódicas a las empresas sobre las medidas adoptadas para prevenir violaciones y abusos a los derechos humanos; entre otras.

- j) **A nivel de la responsabilidad jurídica:** el documento base para la discusión del GTI afirma que el futuro tratado tiene como objetivo estratégico el fin de la impunidad, para lo cual los Estados deben tomar todas las medidas necesarias para regular la responsabilidad jurídica de las empresas transnacionales y otras empresas en los campos administrativo, civil y penal. Deben contar con una base normativa para la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que cubra a las personas naturales encargadas de la dirección y control de las empresas transnacionales y otras empresas, y de todas las personas naturales que hayan tomado decisiones o acciones de las empresas violatorias de los derechos humanos, sean cómplices o partícipes. La responsabilidad penal de la empresa no debe excluir la responsabilidad penal y civil de los miembros de la empresa, independientemente de su posición, por lo cual la responsabilidad penal debe ser individual y colectiva. Los estados deben garantizar la aplicación de las sanciones penales y no penales efectivas, proporcionales y disuasivas, incluyendo las sanciones económicas; la responsabilidad civil no debe depender de la responsabilidad penal del mismo actor. Los Estados partes del futuro tratado se asegurarán de que las empresas transnacionales y otras empresas con quienes tengan contratos, no se escuden en inmunidades ni privilegios contra la responsabilidad civil. Hacer efectiva la responsabilidad administrativa en el terreno de la contratación pública, evitando la concesión de contratos estatales a las empresas que hayan incurrido en violaciones y abusos a los derechos humanos. Los Estados serán responsables por las acciones u omisiones de las empresas transnacionales y otras empresas violadoras de los derechos humanos cuando: actúen bajo su instrucción o control o dirección; cuando los entes corporativos actúen en ejercicio de un elemento de autoridad gubernamental o por delegación de un poder público; cuando los Estados actúen en complicidad con las actividades dañinas empresariales, y cuando no hagan observar la debida diligencia y los estándares del trabajo decente.
- k) **Acceso a la justicia, a recursos efectivos y a garantías de no repetición:** Los Estados deben: garantizar el ejercicio de estos derechos a las víctimas, cuidando

que exista igualdad de armas ante el gran poder económico y de persuasión política de las empresas; es decir, un juicio justo y sin atrasos innecesarios. Los Estados velarán por remover los obstáculos normativos, procesales y financieros para el acceso a la justicia de las víctimas de las violaciones y abusos a los derechos humanos causados por actividades empresariales, lo que incluye entre otras cosas: la gratuidad para usar el sistema judicial, el servicio de asesoría judicial especialmente para grupos vulnerables, evitar los formalismos excesivos y costosos en los procedimientos judiciales y la falta de confianza en la administración judicial, la habilitación de acciones colectivas y litigios de interés público. Los procedimientos deben ser claros, adecuados culturalmente y prontos en la reparación efectiva de las víctimas. Los recursos judiciales deben ser rápidos, accesibles y efectivos cuando las violaciones o abusos empresariales a los derechos humanos impliquen responsabilidad penal, y las víctimas deben siempre estar en la posibilidad real de acudir a acciones legales y a demandar reparación. Se debe asegurar que los mecanismos no judiciales sean sustitutos o apéndice de los mecanismos judiciales. Los Estados Partes deben: facilitar el acceso a la información relevante y a la obtención de pruebas en el exterior; deben garantizar la inversión de la carga de la prueba para favorecer a las víctimas; deben garantizar la protección de la vida e integridad de las víctimas, de sus testigos, defensores, denunciantes y representantes frente a las estrategias intimidatorias de las empresas y otros actores; se debe limitar el uso de la doctrina del *forum non conveniens* que impide a las víctimas el acceso a tribunales extranjeros; la pronta, completa e imparcial investigación de los hechos, así como la adecuada compensación, reparación, restitución, rehabilitación y las medidas de satisfacción para las víctimas; lo mismo el derecho a la verdad, a la reparación ambiental y a la no repetición. Las víctimas deben contar con efectiva ejecución de las sentencias.

- l) **Jurisdicción:** Las empresas transnacionales y otras empresas que se encuentren “bajo la jurisdicción” de un Estado Parte del futuro tratado, son aquellas que tienen su centro de actividad, se encuentran registradas, domiciliadas o tienen su oficina o actividades sustanciales en el Estado concernido, o cuyas empresas matrices o dominantes presentan dicha conexión. El tratado debe evitar que las empresas transnacionales y otras empresas se aprovechen de los límites territoriales de la jurisdicción para escapar del procesamiento judicial por parte del Estado anfitrión donde realizan sus actividades. Por estas circunstancias el acceso a la justicia y a

la reparación debe ser garantizado, o bien en el foro donde se causó el daño o bien en el foro donde la empresa matriz está radicada o donde tiene presencia sustancial. Por esto, los Estados Partes deben permitir que sus tribunales conozcan de las demandas relativas a violaciones o abusos de derechos humanos que presuntamente hayan sido cometidos por empresas transnacionales u otras empresas bajo su jurisdicción, o que conciernan a víctimas que estén bajo su jurisdicción; y facilitar que sus tribunales consideren el conocimiento de violaciones y abusos empresariales y de sus subsidiarias, a lo largo de la cadena de suministro,, aunque estén domiciliadas fuera de su jurisdicción.

m) Cooperación internacional: Las medidas judiciales para la persecución de los crímenes de las empresas como la obtención de pruebas, el acceso a la información, las medidas cautelares y la protección de víctimas y testigos, entre otras, requieren de clara cooperación internacional entre los sistemas jurídicos de los Estados Parte del futuro tratado. También incluye la asistencia a las cortes y tribunales en el conocimiento de los casos con contenidos transnacionales, para garantizar el cumplimiento de las sentencias a través de medidas preventivas como la confiscación y el congelamiento de bienes empresariales ubicados en la jurisdicción de otro Estado del que conoce la demanda, o para evitar las estrategias de evasión de responsabilidad judicial a las que puedan acudir las empresas investigadas. Se necesita por lo mismo, facilitar la asistencia judicial mutua y el intercambio de información para la rápida identificación, enjuiciamiento y ejecución de órdenes judiciales; prontitud en el trámite de solicitudes de asistencia judicial recíproca; la coordinación de las actuaciones judiciales transfronterizas; el reconocimiento de las sentencias extranjeras válidas que sean ejecutables y firmes en el Estado de origen, y que deban ser ejecutadas en otro Estado Parte, entre otras medidas.

n) Medidas de promoción, implementación y monitoreo: el documento plantea varias alternativas:

Cuadro 4. Medidas de promoción, implementación y monitoreo del futuro tratado vinculante para las empresas transnacionales

| | |
|----------------------------|--|
| Nivel nacional | -Los Estados Partes del futuro tratado asegurarán medidas nacionales adecuadas para la promoción, implementación y monitoreo del tratado, bien sea a través de los organismos o instituciones locales de derechos humanos (por ejemplo, Defensorías del Pueblo u otras). |
| Nivel internacional | <p>Mecanismos judiciales</p> <p>-Los Estados Partes del futuro tratado podrán: a) decidir una jurisdicción internacional permanente como una Corte sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos.</p> <p>b) fortalecer los mecanismos internacionales existentes y proponer como ejemplo una sala especial sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos en los tribunales o cortes en funcionamiento.</p> <p>-Los Estados Partes del futuro tratado podrán establecer un Comité sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos, que cumpla las funciones clásicas de estos organismos:</p> <p>a) Examinar los progresos hechos por los Estados Partes en la realización de las obligaciones contraídas con el tratado.</p> <p>b) Evaluar, investigar y monitorear la conducta de las empresas transnacionales.</p> <p>c) Examinar informes periódicos de los Estados Partes y emitir recomendaciones.</p> <p>d) Recibir y examinar comunicaciones de acuerdo con su mandato.</p> <p>Mecanismos judiciales no</p> |

Fuente: Elaboración propia con base en el documento sobre “Elementos para el Proyecto de Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante sobre Empresas Transnacionales y otras empresas con respecto a los Derechos Humanos”

En general el documento base para la discusión del tratado vinculante presentado por Ecuador al GTI, satisface las expectativas de poseer un instrumento jurídico internacional con capacidad de perseguir, investigar y sancionar los crímenes corporativos. El documento logra abrir espacio a la concreción del debatido principio de la jurisdicción universal y del principio de extraterritorialidad, concediendo además posibilidades para que exista un tribunal permanente y autónomo para el juzgamiento de las empresas transnacionales y de otras organizaciones de integración económica regional (aunque aquí se queda corto, porque debería incluir a todo tipo de organización internacional que promueva inversiones y proyectos de desarrollo que puedan afectar los derechos humanos de las personas y comunidades en los territorios donde actúan).

De alguna manera el documento bosquejado base para un futuro tratado supera esquemas clásicos del derecho internacional que han impedido disciplinar jurídicamente a las empresas violadoras de los derechos humanos.

Uno de los factores duros del derecho internacional que logra manejar la propuesta ecuatoriana al GTI, es el de la soberanía westfaliana en materia de administración de justicia. La propuesta incorpora elementos de cooperación internacional que son propios del rechazado principio de extraterritorialidad.

La extraterritorialidad es una ficción jurídica que hace que prevalezca la aplicación de una ley o del derecho de un Estado en el territorio de otro Estado, para juzgar hechos o personas que se encuentran bajo la jurisdicción extranjera. El concepto comprende una noción dual: regulación en su aspecto suave y adjudicación en su comprensión más fuerte. Este concepto aparece cuando un Estado pretende actuar en relación a hechos que no tuvieron lugar dentro de sus fronteras, por ejemplo, dictando una legislación que aunque no infrinja la soberanía de un tercer Estado, busca que ciertos sujetos cumplan con las medidas nacionales dictadas, incluso cuando ellos estén fuera de su territorio; en otras circunstancias, un Estado puede ejercer su competencia jurisdiccional adjudicativa para tramitar y decidir un caso que no ocurrió dentro de sus fronteras, lo que sí genera violación de la soberanía del Estado donde ocurrieron los hechos. (Cantú: 2018, 64).

En derechos humanos excepcionalmente se ha aceptado la extraterritorialidad por temas de nacionalidad de las partes, o por la falta de un recurso idóneo en la jurisdicción extranjera (Cantú: 2018, 62), lo que hace que un tercer Estado busque aplicar su derecho a quienes causaron violaciones de derechos humanos en el territorio de otro Estado, o a los responsables de esas violaciones en su territorio pero que se encuentran alojados en otro país⁸⁸.

Varias de las medidas incluidas en la propuesta con insumos para el futuro tratado vinculante para las empresas transnacionales, se enmarcan en un ejercicio claro de

⁸⁸ La noción extraterritorialidad también es aplicable a los derechos económicos, sociales y culturales. Véase “Principios de Maastricht sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados en el área de los derechos económicos, sociales y culturales”. Disponible en https://www.fidh.org/IMG/pdf/maastricht-eto-principles-es_web.pdf.

extraterritorialidad, que aliviana el mito westfaliano de la soberanía jurisdiccional. Entre ellas: la asistencia entre las cortes y tribunales para el conocimiento de los casos con contenidos transnacionales, o para el cumplimiento de medidas preventivas como la confiscación y el congelamiento de bienes empresariales ubicados en la jurisdicción de otro Estado, diferente al que conoce la demanda, o para evitar las estrategias de evasión judicial por parte de las empresas investigadas, o el reconocimiento de las sentencias extranjeras válidas que sean ejecutables y firmes en el Estado de origen, y que deban ser ejecutadas en otro Estado Parte (*exequatur*), etc.

Otro elemento que vale la pena destacar del documento base para un futuro tratado internacional, es que si bien entiende, la mayor parte del disciplinamiento jurídico de las empresas transnacionales y de otras empresas, corresponde al derecho nacional de los Estados que sean parte, no descarta la creación de un tribunal permanente de justicia para las violaciones empresariales de derechos humanos, incluyendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es progresista la alternativa presentada de que, si no fuera posible la institucionalización de un tribunal de justicia permanente, se cree una sala especializada en empresas y derechos humanos en las cortes existentes a nivel regional (no menciona el documento a la Corte Internacional de Justicia ni a la Corte Penal Internacional, pero se infiere que la propuesta las alcanza). Con esta solución, se envía el mensaje a los Estados que es imperioso contar con un espacio jurisdiccional internacional que juzgue a los crímenes corporativos.

Un último elemento que me parece interesante de la propuesta de Ecuador, es la claridad con que define el ámbito de aplicación del futuro tratado: a nivel objetivo, el tratado se encargará de todas las violaciones y abusos a los derechos humanos resultantes de las actividades empresariales que tienen carácter transnacional. Ese énfasis en lo transnacional se entiende porque faculta a los Estados Parte del futuro tratado a juzgar a las empresas transnacionales que delincan bajo su jurisdicción, y por añadidura, se comprende, que si un Estado tiene esa potestad de sancionar jurídicamente a un ente colectivo extranjero, con mayor razón debe ejercer tal poder contra las empresas que tienen origen nacional y cometen crímenes. En el ámbito subjetivo, no interesa qué tipo de empresa transnacional cometa las violaciones o abusos a los derechos humanos, sólo importa es que esa vulneración sea resultado de una actividad o de la una operación asociada con la empresa. Esta delimitación del ámbito subjetivo le ahorrará mucha energía a los jueces para

determinar si un ente colectivo transnacional es susceptible de responsabilidad jurídica o no; lo que importa en todo caso, para el juzgador, es determinar directamente si la violación a los derechos humanos nace, o no, de una actividad empresarial.

Con estos comentarios, se analiza ahora el llamado “documento cero” elaborado por el GTI con base en el insumo presentado por Ecuador. *Prima facie* se puede decir que el documento “cero” conocido y a través el GTI estructura un primer cuerpo normativo para un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos, se ubica claramente en la tradición westfaliana de elaboración de los tratados internacionales, esto en la medida en que todo el texto hace prevalecer el principio de prevalencia de la responsabilidad de los Estados, como sujetos jurídicos del derecho internacional. Esta perspectiva se evidencia cuando el texto describe la jurisdicción del tratado:

*Artículo 5) 1. La jurisdicción con respecto a las acciones interpuestas por una persona o grupo de personas, independientemente de su nacionalidad o de su lugar de residencia, derivadas de actos u omisiones que provoquen violaciones de los derechos humanos contempladas por la presente Convención, **recaerá en el tribunal del Estado** donde: a. se produjeron tales actos u omisiones o; b. el tribunal del Estado donde esté domiciliada la persona física o jurídica o la asociación de personas físicas o jurídicas que presuntamente haya cometido los actos u omisiones. (Resaltado fuera de texto).*

Aunque se opta por una convención para regular las actividades de las empresas transnacionales que puedan violar los derechos humanos reconocidos internacionalmente y en el derecho interno, el documento “cero” ubica todos los dispositivos o mecanismos de investigación, juzgamiento y sanción de las actividades empresariales, en la sede nacional; o expresado en otras palabras: “en el tribunal del Estado”. La consecuencia inmediata de esta decisión de fortalecer los sistemas jurídicos nacionales para declarar la responsabilidad jurídica de las empresas transnacionales, es que el proyecto de convención del GTI no acogió la creación de un tribunal internacional de justicia para las empresas transnacionales.

Para el GTI quizá es más viable el disciplinamiento jurídico del poder corporativo en el marco de la soberanía jurisdiccional de los Estados Partes, que pretender erigir un tribunal internacional para empresas multinacionales que no tiene el suficiente respaldo. Por esta razón, tampoco se encuentra en el proyecto de convención una descripción detallada de las conductas ilícitas empresariales sobre las cuales actuarán los tribunales competentes

de los Estados Partes, sino que el artículo 3-1 del proyecto señala genéricamente que el instrumento “se aplicará a todas las violaciones de derechos humanos ocurridas en el contexto de toda actividad empresarial de carácter transnacional”.

El artículo 7 del proyecto de convención refuerza la convicción westfaliana del derecho aplicable al decir que “todas las cuestiones de fondo o de procedimiento surgidas en relación con las reclamaciones formuladas ante el tribunal competente y no previstas en la presente Convención, se regirán por la legislación de dicho tribunal, incluidas las disposiciones relativas a conflictos de leyes”. Esta decisión le baja el perfil a la idea de un tribunal internacional regido por un estatuto supranacional, al estilo de la Corte Penal Internacional.

Esa misma tendencia westfaliana se manifiesta en el artículo 10 del proyecto de convención, cuando explicita los alcances de la responsabilidad jurídica de las empresas transnacionales. Dice que son los Estados Partes los que garantizarán con su derecho interno que se exijan las responsabilidades empresariales en materia penal, civil o administrativa, y el derecho de reparación de las víctimas. El numeral 8 de este artículo se refiere a la responsabilidad penal, y aclara que esta se definirá con arreglo al derecho interno, y será aplicable a los autores, cómplices y colaboradores de las conductas punibles tipificadas en el derecho nacional. El numeral 9 establece que la responsabilidad penal de las personas jurídicas existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan perpetrado los crímenes.

El artículo 9 del proyecto de convención analizado, le da una importancia sobresaliente a la obligación de los Estados Partes a velar porque las empresas bajo su jurisdicción realicen la debida diligencia en todos los ámbitos de su actuación, con el fin de prevenir las violaciones de derechos humanos, evaluar los impactos ambientales y sociales de sus acciones, hacer consultas significativas con los grupos de interés, adoptar medidas oportunas frente a los riesgos lo que incluye garantías financieras para hacer frente a reclamaciones de indemnización. Termina el numeral 5 del artículo 9 del proyecto de convención, otorgándole la facultad a los Estados de eximir a pequeñas y medianas empresas de cumplir con la debida diligencia con miras a no causar cargas administrativas a las mismas, decisión fatal cuando se sabe que independiente de su tamaño, todas las empresas ocasionan daños a los derechos humanos.

Llama poderosamente la atención que el documento cero tampoco tiene un enfoque sobre derechos de las víctimas de las actividades corporativas a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, cuando esa perspectiva fue expresada de manera clara en el documento base de Ecuador.

El artículo 11 por su parte hace una descripción de las posibilidades de asistencia judicial recíproca, recogiendo gran parte de las previsiones extraterritoriales a que nos referimos más arriba.

La renuncia a la aspiración de los movimientos sociales alter-mundialistas, de algunos Estados del Sur Global y de algunas corrientes académicas de instituir un tribunal internacional permanente de justicia para empresas transnacionales, se suple con los tradicionales mecanismos de monitoreo incluidos en todos los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas; o sea, con la creación de un comité de expertos, cuyas funciones se detallan en el artículo 14 del proyecto de convención, y que son las mismas atribuidas a estos órganos de verificación y monitoreo de los tratados: formular observaciones generales para interpretar el instrumento; brindar observaciones finales o recomendaciones a los informes periódicos presentados por los Estados; prestar asesoría a los Estados para la implementación del tratado, y presentar un informe anual sobre sus actividades.

Como se nota en el artículo 14 del proyecto de convención, no se faculta al comité para recibir peticiones o denuncias de las víctimas sobre casos de violaciones a sus derechos por parte de las empresas transnacionales, tarea que queda postergada para un largo proceso de negociación, al final del cual se consiga la adición de la proyectada convención con un protocolo facultativo que permita esa labor cuasi-judicial por parte del órgano de supervisión. Vale la pena mencionar que el protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se consiguió en 1999, treinta y tres años después de la aprobación de este tratado en 1966.

Con lo dicho sobre el proyecto de convención, se plantean dos escenarios frente al tema de la regulación de las empresas transnacionales. El primero, en sede del derecho nacional, se rige por los *habitus* propios del derecho convencional o *hard law*, pues se confía que con

las sus normas internas los Estados Partes hagan valer la responsabilidad jurídica de las empresas transnacionales. El segundo escenario, sin duda característico del derecho internacional no vinculante, queda sometido a las lógicas del *soft law*, y básicamente es representado por las labores del comité de supervisión de la proyectada convención sobre empresas y derechos humanos. En conclusión, aunque hay un avance significativo para poner en cintura jurídicamente a las empresas transnacionales a partir de un fortalecimiento del derecho estatal, queda la impresión de una falta de decisión del GTI para allanar el camino hacia el establecimiento de un tribunal internacional que enjuicie los crímenes corporativos.

La Campaña Global por un tratado vinculante estimó que la propuesta de convención contenida en el documento “cero” presenta un “tratado sin dientes” que no puede poner fin a la impunidad corporativa, entre otras razones por las siguientes: no recoge las propuestas de los movimientos sociales que han participado en las discusiones del GTI; las obligaciones que incluye la propuesta son solo para los Estados, reflejando la visión clásica que el Estado es el único sujeto de derechos; las empresas transnacionales no se reconocen como sujetos de derechos y no se les atribuyen obligaciones jurídicas; no existen mecanismos internacionales para que la implementación del tratado sea efectiva y para asegurar el acceso a la justicia de las comunidades afectadas; los mecanismos nacionales son débiles e ineficientes en la mayoría de los casos; no se incluyen enfoques diferenciales en las víctimas que inciden para su reparación integral; falta definición de la cadena de suministro y responsabilidad del país de origen de la empresa en todas sus operaciones y no recoge el documento de insumos presentado por Ecuador⁸⁹.

Solo queda esperar que el GTI en su proceso de discusiones tenga la apertura para ajustar el tratado a los intereses superiores de las víctimas del desarrollo.

⁸⁹ Ver: www.odhe.cat/es/naciones-unidas-debate

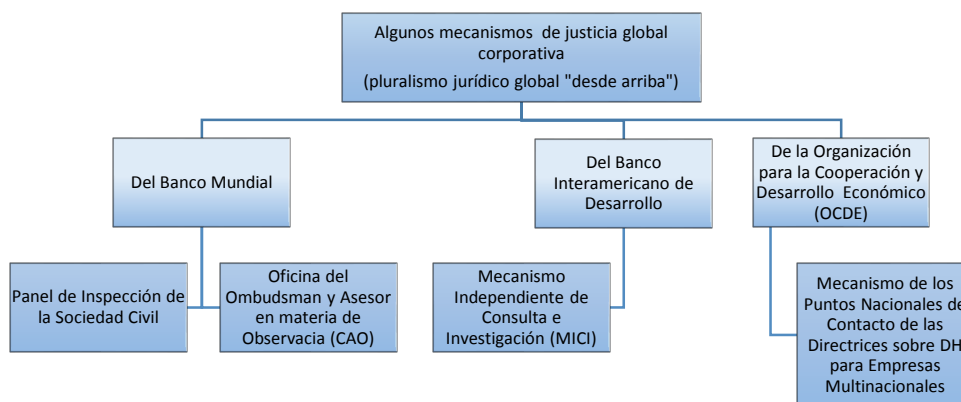
2.3. MECANISMOS INSTITUCIONALES DE LA JUSTICIA GLOBAL CORPORATIVA

Los vacíos de regulación jurídica de las empresas transnacionales y de los inversionistas frente a violaciones de derechos humanos, se han copado con las soluciones tipo *soft law* (Albareda: 2009, 182; Cantú: 2018, 62). No existiendo un tratado y un tribunal internacional para juzgar a los criminales corporativos, las víctimas del desarrollo despliegan variadas acciones socio-jurídicas para obtener justicia y reparación. Una de interés para este trabajo, es la activación de diferentes mecanismos de solución de conflictos de la justicia global corporativa.

Lo que se presenta en este acápite (que se completa con el anexo de la monografía) es un estudio de diferentes mecanismos y espacios de la justicia global corporativa a la que me he estado refiriendo.. Para poder abordar este análisis en forma comparativa, en cada uno de los microsistemas de *soft law* examinados, se ha indagado acerca de sus fundamentos legales, sobre quiénes y cómo se activan los mecanismos de solución de controversias, los procedimientos establecidos para la tramitación de casos, el tipo de casos que conocen y la eficacia de las recomendaciones o soluciones que emiten.

Los mecanismos estudiados son los que aparecen a continuación en gráfica 2. Se escogieron porque son a los que están llegando las víctimas del desarrollo de América Latina y El Caribe. Sólo desarrollaré, en extenso, en el cuerpo de la monografía, el mecanismo de las Directrices de la OCDE sobre Derechos Humanos para las Empresas Multinacionales, con sus Puntos Nacionales de Contacto; el análisis de los otros mecanismos *soft law*, van en el anexo.

Gráfica 2. Mecanismos institucionales de justicia global corporativa



Fuente: elaboración propia

2.3.1. La red mundial de mecanismos de *accountability* externa de las instituciones de la gobernanza global

Los mecanismos de rendición de cuentas o de *accountability* externa (Lacuisse: 2017, 345) de las entidades financieras de desarrollo y de las instituciones de la gobernanza global, han florecido por todo el mundo desde 1992. Su nivel de expansión ha sido tan grande que en el año 2004 se constituyó la Red de Mecanismos Independientes de Rendición de Cuentas (RMIRC), conformada en la actualidad por diecinueve mecanismos pertenecientes a diferentes Instituciones Financieras Internacionales (IFIS) de todos los continentes (Red: 2017)⁹⁰. Desde 1992, a partir de compromisos adquiridos en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en Río de Janeiro, las IFIS comenzaron a crear mecanismos independientes de rendición de cuentas como parte de sus estructuras de gobernanza institucional.

En la década de los años noventa, ante la creciente lucha de movimientos sociales en diferentes países donde se ejecutaban proyectos de desarrollo de las IFIS, estas con la intención de ganar legitimidad social, comenzaron a adoptar mecanismos de *accountability* externa, o de queja (*grievance*), para que los afectados pudieran hacer solicitudes de rendición de cuentas. Estos mecanismos se entienden como una vía de acceso a esas

⁹⁰ Ver: Red de Mecanismos Independientes de Rendición de Cuentas. Criterios de participación y principios de cooperación (agosto de 2017). Disponible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=EZSHARE-193840609-430>

instituciones pero no como un derecho a la justicia. En ellos las IFIS certifican o corroboran la información de los reclamantes en lugar de entregar información sobre y sobre los impactos de los proyectos cuestionados. La *accountability* externa es voluntaria o moral, y no genera ninguna obligación para las instituciones, pues lo que generan estos mecanismos es un nexo con “actores externos” sin vínculo jurídico (Lacuisse: 2017, 346).

Los mecanismos de *accountability* no son espacios de justiciabilidad. Sirven más bien para aplicar las políticas operativas de las IFIS en materia social y ambiental. Las IFIS descartan que sean espacios de discusión de los derechos humanos, pues éstos no están contemplados en las políticas operativas de los bancos (Lacuisse: 2017, 348). Lo que demostraremos más adelante es que los casos que se tramitan en estos mecanismos, son esencialmente de violaciones a los derechos humanos de personas y comunidades afectadas por los proyectos de desarrollo, o las actividades de empresas transnacionales.

Dependiendo del mecanismo al que puedan acudir los reclamantes, sus casos se tramitan por medio de un proceso de resolución de conflictos y/o un procedimiento de verificación de observancia. En el primer método, los diferentes actores (comunidades empresas, Estado, ONG) de una controversia mantienen un dialogo ante un mediador institucional (panel de expertos, por ejemplo); en el segundo método, se procura que la IFI compelida, haga un proceso de verificación del cumplimiento de sus normas (políticas operativas). Ninguno de los dos procedimientos es jurisdiccional (Lacuisse: 2017, 348). Sobre esa cuestión de la *accountability* volveremos en el punto 2.3 cuando estudiemos en específico los mecanismos de rendición de cuentas del Banco Mundial, del BID y de la OCDE, para entender sus racionalidades y procesos.

La red MIRC se constituyó con el fin de establecer cooperación e intercambio de conocimientos entre las instituciones, para una homogenización de los procedimientos de reclamos y respuestas por parte de los ciudadanos afectados por impactos sociales y ambientales de las actividades de las IFIS y de otras instituciones de desarrollo.

Cuadro 5. Red de Mecanismos Independientes de Rendición de Cuentas de las IFIS

| INSTITUCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL | OFICINA DE RENDICIÓN DE CUENTAS |
|--|--|
| Agencia Francesa de Desarrollo (AFD) | <u>Environmental and Social Complaints Mechanism</u> |
| Aseguradora Nipona de Exportación e Inversiones (NEXI) | <u>Examinador de Procedimientos de Objeción a las Políticas Ambientales</u> |
| Banco Africano de Desarrollo | <u>Mecanismo Independiente de Revisión (IRM)</u> |
| Banco Alemán de Desarrollo (DEG) | <u>Mecanismo Independiente de Quejas (ICM)</u> |
| Banco Asiático de Desarrollo (ADB) | <u>Mecanismo de Rendición de Cuentas</u> |
| Banco de Comercio y Desarrollo del Mar Negro | <u>Mecanismo de Quejas</u> |
| Banco de Desarrollo del Caribe | <u>Mecanismo de Quejas para Proyectos</u> |
| Banco de Desarrollo del Emprendedor (FMO) | <u>Mecanismo Independiente de Quejas</u> |
| Unión Europea (UE) | <u>Defensor del Pueblo Europeo</u> |
| Banco Europeo de Inversiones (EIB) | <u>Mecanismo de Quejas</u> |
| Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo (EBRD) | <u>Mecanismo de Quejas para Proyectos</u> |
| Banco Japonés para la Cooperación Internacional (JBIC) | <u>Examinador de Políticas Ambientales</u> |
| Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo (IBRD) - Banco Mundial | <u>Panel de Inspección</u> |
| Banco Nórdico de Inversiones (NIB) | <u>Oficina del Director de la Observancia</u> |
| Corporación de Inversiones Privadas en el Extranjero de Estados Unidos (OPIC) | <u>Oficina de Rendición de Cuentas</u> |
| Corporación Financiera Internacional (IFC) / Agencia de Garantía de Inversiones (MIGA) - Banco Mundial | <u>Oficina del Asesor en Cumplimiento / Ombudsman (CAO)</u> |
| Fondo Verde del Clima | <u>Mecanismo de reparación independiente (IRM)</u> |
| Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas (UNDP) | <u>Revisión del cumplimiento social y ambiental y mecanismo de respuesta para actores claves</u> |

Fuente: <https://www.iadb.org/es/mici/red-de-mecanismos>

Para la Cumbre Río + 20 sobre Desarrollo Sostenible en junio de 2012, la Red presentó la publicación conjunta “Citizen-Driven Accountability for Sustainable Development: Giving Affected People a Voice – 20 Years On” en la que se evalúan dos décadas de funcionamiento de los mecanismos de reclamos impulsados por los ciudadanos⁹¹.

Todos esos mecanismos, decíamos, otorgan a las comunidades afectadas medios de denuncia que activan la rendición de cuentas de las IFIS cuando sus proyectos no han

⁹¹ Aunque los Puntos Nacionales de Contacto de la OCDE no son parte de esta red, pues no funcionan estrictamente para el control de inversiones al desarrollo de las IFIS, si no que buscan controlar las actividades de empresas multinacionales que tienen origen en los países parte de la OCDE, cuando dichas empresas incumplen los estándares de derechos humanos, laborales, ambientales, anticorrupción y de transparencia recogidos en las Directrices sobre Derechos Humanos para Empresas Multinacionales de esa organización internacional, en la práctica, los PNC y los Mecanismos Independientes de Rendición de Cuentas funcionan con las mismas lógicas de derecho blando y de la responsabilidad social empresarial no vinculante. Ambos procedimientos de solución de controversias son flexibles, basados en técnicas de amigable composición y aunque pueden decidir resarcimiento por los daños identificados en un caso, su finalidad consiste en sanear y culminar los proyectos de desarrollo problemáticos.

seguido sus propias políticas, directrices, estándares o procedimientos de salvaguardia social y ambiental, afectando negativamente la vida y los medios de subsistencia de las poblaciones.

La rendición de cuentas se lleva a cabo mediante un proceso de resolución de controversias o a través de una verificación de observancia, métodos que no son jurisdiccionales. Los *habitus* para tramitar los conflictos son voluntarios e informales, lo que cambia los roles de los demandantes y de los decisores, que no cumplen las mismas rutinas ni razonamientos que se siguen ante un foro judicial.

Los criterios (no vinculantes) con base en los cuales funcionan los MIRC se explicitan así: (i) su impulso corresponde a la ciudadanía afectada; (ii) son un foro independiente para presentar reclamos, buscar soluciones y resarcimiento; (iii) son instancias para acusar a las instituciones financieras del desarrollo por no seguir sus propias políticas y procedimientos, en materia social y ambiental; (iv) funcionan con base en criterios de independencia, integridad, profesionalismo, accesibilidad y capacidad de respuesta; (v) funcionan a partir de la construcción de confianza y cooperación entre las partes para encontrar solución a las inquietudes presentadas; (v) son un medio de resarcimiento de los denunciantes y “constituyen una lección institucional para las IFI, en respaldo a sus misiones más amplias, por ejemplo, la de combatir la pobreza y promover un desarrollo más sostenible y equitativo”; (vi) ayudan a alcanzar soluciones que alcancen a todos los interesados, con el objetivo para proteger la salud pública, los derechos humanos y el legado cultural; (vii) catalizan las acciones necesarias para que las instituciones de desarrollo implementen sus proyectos de conformidad con sus propias políticas y estándares; (viii) ayudan a proteger ambientes físicos de cualquier daño; (ix) ayudan al resarcimiento de personas y comunidades afectadas para que recuperen sus medios de subsistencia; (x) promueven los derechos humanos según se reflejen en las políticas de sus respectivas instituciones de desarrollo e interactúan con las organizaciones internacionales pertinentes; y (xi) mejoran la sostenibilidad de los proyectos de desarrollo (Red: 2017).

2.3.2. El mecanismo de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos Nacionales de Contacto de la OCDE

La Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE, en adelante) nació en 1961 por iniciativa de la Organización para la Cooperación Económica Europea, con la finalidad de organizar el Plan Marshall para la reconstrucción Europea. Tiene su sede en París y configura un foro de treinta y siete países de las economías más avanzadas del planeta, incluyendo otros de economías emergentes⁹². Tiene como objetivos el mejoramiento de la eficiencia de los sistemas de mercado nacional, la ampliación del libre comercio y contribuir al desarrollo.

La OCDE es pieza importante de la arquitectura global que rige a la economía neoliberal. Un ejemplo paradigmático de la iniciativa económica reguladora por parte esta organización, fue el frustrado proyecto del Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) que se negoció secretamente hasta 1998 en sede de la Organización Mundial del Comercio. En 1997, gracias a una filtración del acuerdo hecha por la ONG *The Council of Canadians*, se desató una vigorosa resistencia que detuvo su avance.

Las principales pretensiones del AMI fueron expandir a todos los sectores y actividades económicas garantías legales en las diferentes fases de la inversión; eliminar cualquier tipo de discriminación para las inversiones; acabar con los requisitos de desempeño; definir compensaciones efectivas para las expropiaciones de los inversionistas; proteger a las inversiones financieras de corto plazo y especulativas; adoptar los mecanismos arbitrales de resolución de disputas como obligatorios; la mundialización del acuerdo y la imposibilidad de renuncia por parte de los países signatarios, al menos por un período de cinco años; la prohibición de privatizar bienes estatales a través de métodos dirigidos a conseguir una amplia distribución de la propiedad; el principio de trato nacional; la intención de vincular la Inversión Extranjera Directa con las actividades de las empresas multinacionales. Además en el acuerdo se evitaba la mención de respeto a los derechos

⁹² Los 37 países miembros de la OCDE son: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Corea, Dinamarca, España, Estados Unidos, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Letonia, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Suecia, Suiza, Turquía, Lituania y Colombia cuya adhesión fue aceptada en mayo de 2018. 10 países no miembros han firmado la implementación de las Directrices de la OCDE, son ellos: Argentina, Brasil, Costa Rica, Egipto, Jordania, Letonia, Marruecos, Perú, Rumanía y Túnez.

humanos y laborales. Hay que decir que pese a la retirada del AMI, sus contenidos fundamentales en la práctica se han extendido a lo largo del planeta dentro de cláusulas de los tratados regionales y bilaterales de comercio e inversiones (Hernández Zubizarreta: 2009; Teitelbaum: 2007).

La resistencia social alter-mundialista y de algunos gobiernos del Sur Global contra el proyecto neoliberal encarnado en el AMI, deslegitimó seriamente el papel de las multinacionales. Uno de los efectos que produjo este descrédito fue una reforma en el año 2000 a las Directrices de la OCDE (creadas en 1976) para regular las actividades de las empresas multinacionales⁹³. Con la reforma se expandió la estrategia de la responsabilidad social corporativa.

Estas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales son clara expresión reguladora de la globalización económica. Sirven para establecer criterios armónicos y cohesionados en materia de comercio e inversiones, que confluyen con las políticas impulsadas por el Banco Mundial, el G-8 y la OMC. La OCDE convierte de hecho sus resoluciones en reglas universales que son asumidas, directa o indirectamente, por los países no miembros, en especial por los países periféricos, lo que revela precisamente la eficacia práctica del derecho comercial global.

El estudio de este mecanismo institucional de *soft law* de la OCDE se realizará a partir de las preguntas generadoras: (i) ¿cuáles son origen, la trayectoria y la naturaleza jurídica del mecanismo?; (ii) ¿cuáles son los fundamentos legales con base en los cuales opera el mecanismo?; (iii) ¿quiénes activan y cómo se activa el mecanismo?; (iv) ¿cuáles son los procedimientos que utiliza el mecanismo?; (v) ¿qué tipo de conflictos o casos conoce el

⁹³ John Evans, Secretario General de la Comisión Sindical Consultiva ante la OCDE (TUAC), explica así el contexto del surgimiento de las Directrices: “las Directrices OCDE para las Empresas Multinacionales fueron aprobadas por primera vez en 1976 como consecuencia de la preocupación pública por el creciente poder y las irresponsabilidades de las empresas multinacionales, considerando la intervención que tuvieron algunas compañías de origen estadounidense en el golpe de Estado de Pinochet que derrocó al gobierno de Allende en Chile. Fueron rápidamente seguidas por la Declaración Tripartita de Principios sobre las empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT, y por las negociaciones que se iniciaron en la sede de Naciones Unidas para establecer un código sobre compañías transnacionales. Este código de las Naciones Unidas no sobrevivió al cambio político de la liberalización en los años ochenta y las mismas Directrices de la OCDE cayeron parcialmente en desuso, ya que la mayoría de los gobiernos de la OCDE demostraron escasa voluntad política para hacerlas aplicar”. (Citado en Hernández Zubizarreta: 2009, 406; Evans: 2003).

mecanismo?; y (vi) finalmente ¿qué nivel de eficiencia tiene el mecanismo para la protección de los derechos humanos?. Estas mismas preguntas se resuelven en cada uno de los mecanismos estudiados en el anexo de esta monografía.

(i) ¿Cuáles son los orígenes, trayectoria y naturaleza jurídica de las Directrices y Puntos Nacionales de Contacto de la OCDE?

Las Directrices de la OCDE son un mecanismo de control *ad hoc* adoptado en 1976 por un conjunto de países miembros, para lograr un consenso acerca de la buena conducta que sus empresas multinacionales debían observar para respetar las políticas internas de los países, y un conjunto de aspectos relacionados con los derechos laborales, el medio ambiente, la transparencia en la información, la protección de los intereses de los consumidores, los impuestos, la reglas para la difusión y transferencia de la ciencia y la tecnología, las normas para el ejercicio de la libre competencia y lucha contra la corrupción, entre otros. La Directrices son recomendaciones voluntarias y no un instrumento jurídicamente vinculante para una conducta empresarial responsable, pero la implementación de las Directrices es obligatoria para los Estados miembros y no miembros.

Oscar Ermida (2003) caracteriza a las Directrices como parte de las normas internacionales de “tipo indirecto”, o sea, preceptos de naturaleza unilateral o contractual que generalmente no imponen conductas vinculantes sino orientaciones del tipo “cláusulas sociales”, “códigos de conducta”, “inversiones socialmente responsables”, “preferencias arancelarias unilaterales” o “etiquetado social”. Para los fines de esta investigación, las Directrices son *soft law*. Del mismo carácter son los códigos redactados por los Estados nacionales para el desempeño responsable de las multinacionales, como la Declaración Tripartita para Empresas Multinacionales de OIT de 1977, el Pacto Global de Naciones Unidas de 1999, y el “libro verde” de la Unión Europea del 2001, etc. En contraste con estas normas de tipo voluntario, se encuentran las normas directas, prescriptivas y obligatorias que tienen la virtud de imponer conductas en forma abstracta y universal, propias de los convenios internacionales de trabajo de la OIT y de los tratados sobre derechos humanos e integración (Hernández Zubizarreta: 2009, 334).

Las Directrices forman parte de la Declaración de la OCDE sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales, instrumento que consagra con total claridad los derechos de las

empresas multinacionales reflejados normativamente en el principio de trato nacional⁹⁴, en los incentivos para la inversión directa y en los sistemas de solución de conflictos. Estas amplias prerrogativas contrastan con las débiles obligaciones empresariales previstas en las Directrices, reducidas a simples recomendaciones voluntarias que hacen los gobiernos de la OCDE a las empresas.

Al tiempo las Directrices señalan que los gobiernos deben proporcionar marcos nacionales de actuación eficaces para las empresas, que incluyan una política macroeconómica estable, un tratamiento no discriminatorio de las empresas extranjeras, una normativa adecuada con una aplicación imparcial de las leyes internas y una supervisión prudencial, así como una administración pública eficaz e íntegra.

Las Directrices se aplican al conjunto de actividades empresariales multinacionales y a todas sus entidades y comprometen a los países firmantes a acatarlas al margen del rango legal que puedan asumir en cada país⁹⁵. No se encuentra en ellas una clara definición de “empresa multinacional”, aunque expresan que son aplicables a una empresa y otras entidades conexas (de capital privado, público o mixto) establecidas en más de un país y que coordinan entre ellas sus actividades de diversas formas. De esta manera, en las Directrices no sólo incluyen a las sociedades matrices sino también a las entidades locales a través de las cuales se expanden (filiales, contratistas, proveedores, subcontratistas, etc.) (Directrices I, 3).

Aunque estas reglas voluntarias cubren en primera medida a las empresas de los países adherentes a la OCDE, o aquellas otras que operan bajo sus jurisdicciones, tienen la pretensión de ser aplicables globalmente pues aluden incluyen a países que no se han adherido al acuerdo, como una forma de cooperación internacional en el área de las actividades empresariales (Directrices I, 2). Si se plantean cuestiones referidas a las Directrices en países no suscritos a las mismas, se señala que se adoptarán medidas sobre

⁹⁴ El principio de trato nacional (o no discriminación), obliga al país signatario de un acuerdo comercial o de inversiones a dar un trato no menos favorable que el trato más favorable que el mismo concede internamente a sus productores, mercancías, servicios o personas. En virtud de este principio se consagra para los extranjeros que en los procesos de contratación, se les deberá conceder el mismo tratamiento y las mismas condiciones, requisitos y procedimientos concedidos a los nacionales, con base en criterios de reciprocidad.

⁹⁵ Por ejemplo, en la Unión Europea se incorporaron a la legislación comunitaria mediante decisión del Consejo de la CEE del 4 de abril de 1978.

cómo adelantar las investigaciones, reunir a las partes involucradas, entrar en contacto con la dirección de la empresa en el país de acogida y, eventualmente, con las autoridades competentes (Orsatti; Sánchez: 2009, 19).

Para caracterizar la naturaleza jurídica de las Directrices hay que decir que se tratan de principios de cumplimiento voluntario hechos por los gobiernos a las empresas multinacionales, y en consecuencia, no exigibles por vías judiciales. Se someten a un procedimiento especial, cuyo escenario principal son los Puntos Nacionales de Contacto (PNC). En este sentido se encuadran dentro del llamado derecho blando (*soft law*) y ello las ha hecho objeto de críticas debido a su falta de poder para sancionar los daños imputables a multinacionales. Tampoco conceden ningún derecho directo a la ciudadanía y más bien están concebidas como un complemento a las legislaciones nacionales, aunque no pueden ser aplicadas por los tribunales internos (Hernández Zubizarreta: 1999, 410).

El procedimiento especial inscrito en las Directrices es considerado como el sistema *ad hoc* más perfeccionado para enfrentar los conflictos sociales con las multinacionales, superando la capacidad de control de la Declaración Tripartita de la OIT y del Pacto Global de la ONU, pues al menos permite llevar a cabo procesos de denuncia e investigación de los hechos perjudiciales atribuibles a los actores empresariales. Como bien advierte el analista Juan Hernández (2009, 410), sus potencialidades están más relacionadas con la acción social que con la efectividad jurídica.

El mayor avance de las Directrices reside en la facultad otorgada a diferentes actores sociales (ONGS, sindicatos y comunidades afectadas) para denunciar directamente ante los PNC, situaciones de abuso de poder y corrupción de las corporaciones. Los PNC son instancias de investigación bajo la dirección y responsabilidad de los gobiernos adherentes a las Directrices, que responden por su adecuado funcionamiento.

Aunque las Directrices son un documento de derecho blando, tampoco son opcionales para las multinacionales ya que no dependen de la aprobación de las empresas, ni éstas pueden elegir entre las disposiciones de tal instrumento las interpretaciones que más convengan a sus intereses. Los PNC son oficinas para la tramitación de denuncias que no trabajan con un enfoque jurídico pues esto implicaría un paralelismo a la actividad procesal de los

tribunales nacionales, que pudieran estar conociendo casos comunes y llevar a soluciones contradictorias; por ello los PNC tienen un procedimiento especial que detallaré en breve.

En la primera reunión de divulgación de las Directrices en el PNC de Argentina en 2005 (Orsatti; Sánchez: 2009), la OCDE explicó que este instrumento multilateral tiene un carácter complementario, debido a que el conflicto tramitado en un PNC sólo puede surgir de aquellos apartados de las Directrices no cubiertos por la legislación nacional, o por los instrumentos internacionales de derechos humanos o los convenios del trabajo. La implementación de la Directrices implica, no obstante, un contenido procesal que las aleja de la simple autorregulación; los dictámenes sancionatorios sobre los casos expresados en las recomendaciones de los PNC, comportan cierto grado de exigibilidad.

(ii) ¿Cuáles son los fundamentos legales de las Directrices y PNC de la OCDE?

Las Directrices son el documento base de este mecanismo de la justicia global corporativa. Este instrumento ha sido revisado en diferentes años (1979, 1984, 1991, 2000 y 2011), para ser actualizadas y adaptadas las Directrices al contexto de la economía internacional. En las dos últimas revisiones se introdujeron novedades importantes: (i) se creó y afinó un mecanismo para dar seguimiento a las controversias que surgieran respecto a la implementación y cumplimiento de las Directrices por parte de las empresas multinacionales, mecanismo conocido como los Puntos Nacionales de Contacto; y (ii) se armonizaron las Directrices con el paradigma internacional de la conducta empresarial, derivados particularmente de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (Cantú: 2015. 625).

La revisión de 2011 buscó hacer más eficaz el trámite de los casos (“instancias específicas”) ante los PNC, lo cual se concretó en la Guía de Procedimiento. Una de las principales modificaciones a las Directrices fue la eliminación del requerimiento de un vínculo de inversión que los PCN requerían para admitir un caso, requisito que se convertía en un obstáculo para que se examinaran los alegatos de incumplimiento de las Directrices en la cadena de suministro. Adicionalmente se unificaron criterios de operación para todos los PCN, los cuales deberán resolver los casos en un tiempo aproximado de 12 meses a partir de la fecha de recepción del procedimiento, de manera imparcial, previsible, equitativa y compatible con las Directrices. Un avance fue el criterio de la transparencia para la

conclusión de la instancia, para lo cual los PNC tienen la obligación de emitir un comunicado, en caso de que no se justifique un examen detallado de la denuncia incoada, indicando los motivos que soportan esa decisión; deben emitir un informe cuando las partes lleguen a un acuerdo sobre el incumplimiento a las Directrices, en el cual constarán las cuestiones analizadas, los procedimientos del PCN para mediar entre las partes, el contenido y la fecha del acuerdo, aunque el contenido del mismo quedará sujeto al consentimiento de las partes; y finalmente, un comunicado cuando no se logre el consenso entre las partes o cuando una de ellas se negare a participar en los procedimientos, teniendo la obligación de indicar las razones que frustraron el acuerdo y la formulación de recomendaciones para la adecuada implementación de las Directrices Cantú: 2015: 643).

Teniendo presente lo anterior, el procedimiento de denuncias e investigaciones ante los Puntos Nacionales de Contacto se lleva a cabo sobre la base de dos documentos centrales: las Líneas Directrices propiamente dichas y los Procedimientos de Puesta en Práctica, completados por los Comentarios efectuados a ambos documentos por el Comité de Inversiones y Empresas Multinacionales (CIME, por su sigla en inglés)⁹⁶; comentarios que aunque no forman parte integrante de las Directrices, cumplen una papel muy importante en su interpretación.

⁹⁶ El marco institucional de las Directrices consiste en tres elementos: Los Puntos Nacionales de Contacto (PNC), el Comité de Inversión de la OCDE, y los comités consultivos sobre negocios y trabajo: el Comité Consultivo Empresarial e Industrial (BIAC, por su sigla en inglés), y el Comité Consultivo Sindical (TUAC, por su sigla en inglés).

El Comité de Inversión, que está conformado por representantes gubernamentales de los países miembros, ayuda a los PNC en la ejecución de sus actividades y hace recomendaciones de cómo estos pueden mejorar su rendimiento. Si hay una disputa sobre la aplicación de las Directrices, puede que se le pida al Comité de Inversión considerar una enmienda al texto o una clarificación sobre una cláusula en particular. Esta clarificación sólo puede ser solicitada por los países miembros, el Comité Consultivo Sindical (TUAC, por su sigla en inglés) o el Comité Consultivo Empresario e Industrial (BIAC, por su sigla en inglés) y no por ONGs.

El Comité de Inversión no es comité de examen tripartito. El BIAC el y TUAC tienen apenas una función consultiva. El Comité de Inversión no puede pronunciarse respecto a si una empresa en particular ha respetado las Directrices o no en un caso en particular, lo que debilita la función correctiva del mecanismo de supervisión de las Directrices. En los casos de incumplimiento de las reglas no se puede imponer ninguna sanción a un país miembro o compañía. Relativamente pocas peticiones han sido presentadas para clarificación ante el Comité de Inversión. Treinta casos fueron presentados entre 1976 y el 2002. Además del trabajo de clarificación, el Comité de Inversión realiza revisiones periódicas de las experiencias sobre las disposiciones de las Directrices de la OECD⁹⁷. Véase: OECD Watch, 2013. Llamada a la responsabilidad corporativa: Guía de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Disponible en: http://www.rseprohumanablog.cl/wpcontent/uploads/2013/08/Llamada_a_la_Responsabilidad_Corporativa.pdf

Las Directrices se dividen en dos partes: (i) el prólogo, conceptos y principios generales y (ii) los apartados sobre empleo y relaciones laborales, medioambiente, lucha contra la corrupción, intereses de los consumidores, ciencia y tecnología, competencia y fiscalidad. En el siguiente cuadro se enuncian los contenidos generales de estos apartados:

Cuadro 6. Descripción de las Directrices de la OCDE

| | |
|-------------------------------|--|
| Prólogo | <p>-Resalta las bondades de las actividades de las multinacionales y procura neutralizar intentos normativos externos y de carácter coercitivo para las empresas o corporaciones.</p> <p>-Plantea que las transformaciones económicas y organizativas de la transnacionales Crean relaciones de armonía entre los países emisores, receptores y sociedad en general y sirven para promover el desarrollo sostenible y equilibrar los intereses generales y particulares.</p> <p>-Hace un llamamiento para que las empresas multinacionales se ajusten a normas y principios de buen comportamiento mediante actitudes ciudadanas, propósito de las Directrices que implican una colaboración voluntaria.</p> |
| Conceptos y principios | <p>-Se plantea la plena identidad entre la OCDE, los gobiernos miembros y las empresas multinacionales.</p> <p>-Se explicitan en lenguaje jurídico los principios de las Directrices tomados del Derecho Comercial Global, entre ellos:</p> <p>(i) el principio de no discriminación entre multinacionales y empresas nacionales, en especial a las empresas de países subdesarrollados que imponen el deber de tratar igual a los desiguales y tratarles de manera equitativa (apartado 4 y 8);</p> <p>(ii) el principio de la no utilización con fines proteccionistas de las Directrices al margen de la reinterpretación unilateral de las normas comerciales multilaterales (regionales y bilaterales) que hagan los países desarrollados, así como de la desestructuración de economías de los países pobres (apartado 6);</p> <p>(iii) el principio de arbitraje internacional para la solución de diferencias desplazando a los sistemas nacionales judiciales (apartado 9);</p> <p>(iv) el principio de trato de conformidad con el Derecho Internacional pero sin precisar el contenido del mismo (apartado 8);</p> <p>(v) el principio de la extensión de las Directrices a las pequeñas y medianas empresas (apartado 4);</p> <p>(vi) el principio del carácter voluntario y no obligatorio de las Directrices (apartado 1);</p> <p>(vii) el principio de los Puntos Nacionales de Contacto como foros para promover la discusión y actuar en relación a controversias originadas en las actividades de las empresas multinacionales (apartado 10).</p> <p>(viii) el principio general de publicación de informaciones empresariales de tipo cuantitativo y cualitativo relacionadas con: el respeto a los derechos humanos; a la formación y participación de los trabajadores y trabajadoras y su no discriminación; a la extensión del cumplimiento de las obligaciones a proveedores y subcontratistas (apartados 1, 3, 8 y 10); a la cooperación con las comunidades locales para generar empleo y fomentar la formación del capital humano (apartados 3 y 4); al deber de respetar las normas sobre el medio ambiente, aplicar buenas prácticas de gobierno empresarial, fomentar las buenas relaciones entre la empresa y la sociedad y abstenerse de injerencias políticas locales (apartados, 5, 6, 7 y 11); a la publicación de informaciones relacionadas con cuestiones puntuales, periódicas y fiables sobre sus actividades, estructura, situación financiera y sus resultados (apartados 1, 2, 3 y 4); a la obligación de informar sobre aspectos medioambientales, políticas sociales, éticas y códigos de conducta (apartado 5. 9).</p> |
| | <p>Las Directrices postulan el deber de respeto de los derechos de empleados a organizarse y participar en negociaciones constructivas; abolir el trabajo infantil; abolir el trabajo forzado; la no discriminación; proveer facilidades para la efectiva negociación de los</p> |

| | |
|--------------------------------------|---|
| Empleo y relaciones laborales | convenios colectivos; proveer información para la negociación fundada de condiciones de empleo; promover la consulta y cooperación entre empleadores y empleados; proveer información verdadera y justa sobre el desempeño de la empresa; implementar medidas para la salud y seguridad de los empleados; emplear a personal local y formarle; dar aviso razonable de cambios significativos, como el cierre de establecimientos o despidos masivos; abstenerse de influir indebidamente en negociaciones sobre condiciones de empleo o en el derecho de los empleados a organizarse; negociar asuntos de interés mutuo y autorizar a los representantes patronales a adoptar decisiones |
| Medioambiente | Las Directrices señalan los deberes de las empresas de proteger el medioambiente, la salud y la seguridad pública, y de contribuir al objetivo más amplio del desarrollo sostenible; mantener un sistema de gestión medioambiental que incluya la evaluación del impacto y la verificación del progreso hacia tales objetivos; proveer información sobre el impacto medioambiental a empleados y público en general; consultar con las comunidades acerca de políticas de medioambiente y su implementación; evaluar actividades, bienes y servicios en términos de su impacto a lo largo de su ciclo completo de vida; tomar precauciones a fin de prevenir daños serios sobre el medioambiente; mantener planes para prevenir o reducir daños serios al medioambiente o la salud y mantener sistemas para informar a las autoridades; buscar sin cesar el mejoramiento del desempeño medioambiental; proveer entrenamiento a empleados sobre cuestiones de medioambiente, incluyendo el manejo de materias peligrosas y la prevención de accidentes; contribuir al desarrollo de políticas medioambientales |
| Lucha contra la corrupción | Las Directrices enuncian el deber de las empresas multinacionales de abstenerse de sobornar a fin de obtener o conservar indebidamente ventajas comerciales o de otra índole; abstenerse de ofrecer a funcionarios o terceros el pago de una fracción del pago contractual total; mantener una lista de los pagos a entidades gubernamentales y empresas públicas y poner dicha información a disposición de las autoridades; fortalecer la transparencia en las actividades empresariales; promover el conocimiento y el cumplimiento de las políticas empresariales contra la corrupción y la extorsión; mantener sistemas de gestión que desalienten el soborno; implementar prácticas contables y de auditorías que prevengan prácticas corruptas; abstenerse de ofrecer contribuciones ilegales a candidatos o partidos políticos. |
| Intereses de los consumidores | Las Directrices explicitan el deber de garantizar la seguridad y calidad de los bienes y servicios; proveer información clara y precisa; asegurar que los bienes y servicios cumplen con los estándares acordados legalmente de salud y seguridad; aplicar procesos transparentes y evitar actividades engañosas, fraudulentas e injustas; respetar la privacidad y cooperar con los funcionarios en la prevención y eliminación de riesgos provocados por los propios productos. |
| Ciencia y Tecnología | Las Directrices señalan el deber de las empresas multinacionales de asegurar que sus actividades son compatibles con las políticas del país de acogida en materia de ciencia y tecnología; contribuir al desarrollo de las capacidades locales; llevar a cabo trabajo de desarrollo en el país de acogida y contratar personas de dicho país; otorgar licencias para el uso de los derechos de propiedad intelectual; cultivar relaciones con instituciones educativas y de investigación |
| Competencia | Las Directrices recuerdan el deber de obedecer las leyes en materia de competencia; no participar en acuerdos contrarios a la competencia; no fijar precios ni ofertas concertadas; no repartirse ni subdividir mercados; tomar en cuenta la legislación sobre competencia de otros países cuyas economías podrían verse perjudicadas por la actividad contraria a la competencia. |
| Fiscalidad | Las Directrices postulan el deber de pagar sus impuestos; cumplir con las leyes y regulaciones fiscales en todos los países donde operan las empresas; proveer información a las autoridades para el cálculo de sus obligaciones fiscales; aplicar el principio de plena competencia a las prácticas en materia de precios de transferencias. |

Fuente: Con base en Hernández Zubizarreta: 2009, 410 y ss.

En resumidas cuentas, las Directrices presentan un conjunto de principios empresariales voluntarios más amplios que los consignados en la Declaración Tripartita de la OIT o en el Pacto Global de la ONU, debido a que en su redacción intervinieron tanto sectores empresariales como organizaciones sindicales. Los mayores problemas para la implementación de los compromisos contenidos en la Directrices radican en su carácter voluntario y en su generalidad; su funcionalidad se justifica por la flexibilidad y desregulación de los marcos jurídicos que se dan especialmente en los países periféricos, lo que facilita prácticas de corrupción y abuso empresarial.

Sin embargo, la aplicación de las Directrices plantea nuevamente el conflicto de normatividades intrínseco en el actual pluralismo jurídico, entre el derecho nacional y un derecho corporativo global como el de la OCDE. Por ejemplo, se ha advertido que:

La inversión de empresas transnacionales en zonas francas o maquilas puede provocar una disputa entre el cumplimiento de la legislación nacional de países no firmantes de las Directrices y el contenido de éstas, lo que podría dar lugar a una recomendación por parte del PNC a la empresa multinacional para que ajuste su proceder a los apartados de las Directrices por encima de las obligaciones nacionales. Esta hipótesis es muy improbable ya que si otras empresas multinacionales invierten con el mero cumplimiento de la legislación nacional, el PNC, que es parte de la OCDE, no va a permitir el uso de las Directrices con efectos proteccionistas. No obstante, la voluntariedad es el principio sobre el que basculan las Directrices y no existe posibilidad alguna de convertir a la recomendación en norma exigible. Es cierto que la recomendación contundente, clara y directa de un PNC reprobando la actuación de una empresa transnacional puede provocar daños morales a la empresa por la posible legitimidad que dota la OCDE a la resolución y, en este sentido, aproximarse más a las reprobaciones de instituciones como las de la OIT e incluso como los Sistemas Universales de Naciones Unidas, separándose parcialmente de la lógica estricta de las buenas prácticas (Hernández Zubizarreta: 2009, 413).

Una segunda cuestión que siembra dudas sobre la operatividad de las Directrices es que al dirigirse estas tanto a los gobiernos como a las empresas multinacionales, es difícil romper la identidad política y económica de las transnacionales con sus gobiernos matrices o con los gobiernos de los países que son receptores de su inversión. Esto dificulta una acción independiente y objetiva de este sistema de control a favor de los derechos sociales y colectivos de las comunidades perjudicadas por las actividades empresariales.

La misión de evaluación de los estándares o Directrices de la OCDE se encargó a los Puntos Nacionales de Contacto, oficinas que debe crear cada país miembro de la organización. En Colombia, el Punto Nacional de Contacto fue creado por el Decreto 1400 de 2012 como una instancia dependiente del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, lo que deja muchas dudas sobre la imparcialidad que pueda llegar a tener, porque quedó

subordinado a la Dirección de Inversión Extranjera y Servicios de este ministerio; no es un secreto que la inversión extranjera la mayoría de veces llega al país, cuando las empresas encuentran pocos controles públicos para sus operaciones.

Otro conjunto de críticas sobre este procedimiento emanan de la dificultad de lograr que los 48 PNC actúen de manera cohesionada y conforme a interpretaciones compartidas sobre las Directrices. A pesar del establecimiento de criterios y estándares unificados que contiene la Guía de Procedimientos de los PCN, en torno a la admisión de casos y a su procesamiento, existen claras disparidades en torno a los criterios de interpretación de las Directrices, y a las actuaciones que deben surtir estas instancias, lo que se refleja incluso en los modelos de estructuración de los PCN que se han adoptado en los países adherentes a la OCDE (ver Cuadro 7, más abajo). Mientras para algunos PNC los criterios de admisibilidad de casos se maximizan, lo que se refleja en altas tasas de rechazo, para otros PCN cualquier denuncia es susceptible de análisis. Es cierto que las circunstancias de cada caso pueden hacer variar la interpretación de las Directrices por los PCN, pero la aparente inexistencia de precedentes y aprendizajes acumulados respecto a la interpretación oficial de las disposiciones contenidas en este instrumento, es una limitante estructural del mecanismo (Cantú: 2015, 644).

Uno problema más con el mecanismo de la OCDE, y que es heredado de la naturaleza misma del derecho internacional, es la falta de medios para garantizar el cumplimiento de las recomendaciones hechas por los PNC a las empresas multinacionales. Al tener un carácter voluntario, las Directrices no tienen el poder de asegurar que tales recomendaciones van a ser efectivamente puestas en práctica por las empresas, o bien, que los resultados y llamados que hagan los PNC a empresas para participar en las instancias específicas (trámite de los casos), tengan algún tipo de efecto. Las Directrices limitan su eficacia a la voluntad de los Estados para garantizar la aplicación de normas internacionales en su jurisdicción, pero cómo estas Directrices son preceptos de *soft law*, de baja juridicidad y de carácter voluntario, los Estados tampoco pueden hacer mucho para conminar y sancionar el incumplimiento de las resoluciones de los PNC. La única alternativa para darle efectividad y eficacia a la Directrices, es transformarlas en normas con obligaciones jurídicas, lo cual parece ser una posibilidad remota (Cantú: 2015, 645; Cantú: 2018, 86).

(iii) ¿Quiénes activan y cómo las Directrices y los Puntos Nacionales de Contacto de la OCDE?

La legitimación por activa es amplia: cualquier persona natural o jurídica que se sienta perjudicada por la presunta violación de las directrices de la OCDE por parte de una empresa multinacional, puede presentar un caso ante un PNC. Los PNC ofrecen una plataforma de mediación y conciliación para la resolución de estos casos de incumplimiento de las Directrices de la OCDE por parte de cualquier empresa multinacional que opera en o desde el país del PNC.

Están facultados para hacer una denuncia ante un PNC: un gobierno, un sindicato una ONG o una comunidad perjudicada en contra de una empresa cuyo origen es un país que ha adherido a las Directrices, o que opera en su jurisdicción, así la empresa cuestionada pertenezca a un país no adherente a este instrumento.

En un Informe mundial de OECD Watch (2006) sobre el funcionamiento de 22 Puntos Nacionales de Contacto (de los 39 existentes en el período 2000-2005) se estableció que para junio de 2005, las ONG habían presentado 45 casos y el TUAC 60. Para 2012, los sindicatos habían presentado 145 casos de los 159 interpuestos a nivel mundial⁹⁷. Esto indica claramente que los sindicatos han encontrado en este mecanismo una buena posibilidad de reclamación, aunque con un bajo nivel de eficacia que se prolonga hasta hoy (Di Giorgio: 2005; CCLA: 2003).

Las demandas se presentan ante los Puntos Nacionales de Contacto localizados en los países miembros de la OCDE, o en países signatarios. Puede decirse que el ámbito territorial de las Directrices es menor en relación a las normas de la OIT y de la ONU que tienen el mismo objetivo de control de las corporaciones, aunque la posible aplicación de las Directrices a empresas de los países no ratificantes, las dota de una potencialidad que supera el ámbito estricto de los países pertenecientes a la OCDE.

⁹⁷ Ver: www.mincit.gov.co

(iv) ¿Cuál es el procedimiento que utilizan las Directrices y los PNC de la OCDE?

Como los demás mecanismos *ad hoc* de solución de controversias de la justicia global corporativa, los procedimientos ante este mecanismo de la OCDE son flexibles, informales y de relativo fácil acceso si las comunidades o sujetos afectados, especialmente cuando cuentan con redes de apoyo que les permitan encontrar un Punto Nacional de Contacto dónde ubicar la denuncia, si éste no existe en el país donde ocurrieron las violaciones de derechos humanos.

Las fases del procedimiento son: el planteamiento (denuncia), la aceptación (admisibilidad), la mediación y la solución.

Según Jiménez Sánchez (2006, 118-119, citado por Hernández Zubizarreta: 2009, 410 y ss.) la etapa preparatoria se caracteriza por una legitimación por activa amplia pero están prohibidas las investigaciones de oficio por parte de los PNC. Pueden ser demandados mediante este mecanismo (legitimación por pasiva) cualquier empresa obligada por las Directrices y otros actores conexos que deberán ser identificados.

Tras la reforma de las Directrices en el año 2000, los Puntos Nacionales de Contacto son la instancia central para su aplicación. Estas oficinas cuyo estatus legal es discrecional para los países firmantes, deben ser dotadas para su pleno funcionamiento. Se sabe que en pocas ocasiones mantienen la estructura tripartita (sindicatos, empresas y gobiernos) que ordena las Directrices (Orsatti; Sánchez: 2009, 12).

A través de los PNC, la OCDE busca garantizar la conducta empresarial responsable. Los PNC son agencias establecidas por los gobiernos adherentes a la Directrices, cuyo cometido es por un lado la promoción y cumplimiento de las Directrices y la aplicación de la Guía de la Debida Diligencia (junio de 2018) y, por otro, manejar los casos (denominados “instancias específicas”), actuando como un mecanismo de reclamo no judicial (OCDE: 2019). La organización y financiamiento de cada PNC es responsabilidad de cada gobierno adherente a las Directrices.

Una caracterización de la estructura de toma de decisiones de los PNC existentes en 2018, la presenta la OCDE así:

- *Toma de decisiones individualizada: la toma de decisiones individualizada significa que las decisiones las toma una sola persona en un solo ministerio o un grupo de personas que pertenecen al mismo servicio o dependencia en el mismo ministerio.*
- *Toma de decisiones interministeriales: la toma de decisiones interministeriales significa que las decisiones las toma un grupo de representantes de varios ministerios o agencias gubernamentales.*
- *Toma de decisiones multi-partita: la toma de decisiones multi-partita significa que las decisiones son tomadas por un grupo compuesto por distintos miembros de gobiernos y partes interesadas.*
- *Toma de decisiones basada en expertos: bajo este modelo, las decisiones del PNC son tomadas por expertos externos a los gobiernos. Los PNC con toma de decisiones basadas en expertos generalmente se establecen como entidades independientes del gobierno.*
- *Bajo cada una de estas estructuras, los PNC pueden ser asistidos por órganos asesores compuestos por representantes de, por ejemplo, gobierno, empresas, sindicatos, sociedad civil, academia, etc. (OCDE: 2019).*

Algunos ejemplos de los modelos cómo se estructuran los PNC en algunos países aparecen en el siguiente cuadro:

Cuadro 7. Modelos de PCN

| PAÍS | DESCRIPCIÓN |
|----------------|--|
| Australia | Posee una estructura dual en la que las instancias específicas son manejadas por un Examinador Experto Independiente, mientras que el resto del mandato del PNC es ejercido por un funcionario del Tesoro, asistido por un Órgano Asesor. |
| Canadá | Compuesto por un comité interdepartamental presidido por el Departamento de Asuntos Exteriores, Comercio y Desarrollo de Canadá; y por ocho departamentos miembros. |
| Brasil | Ubicado en el Ministerio de Hacienda; foro de múltiples agencias, compuesto por representantes de once ministerios, el Banco Central de Brasil, la Secretaría Nacional de Derechos Humanos y la Oficina del Contralor General. |
| Chile | Posee una unidad discreta de CER ubicada en la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales, Ministerio de Relaciones Exteriores, asistida por dos cuerpos asesores (uno compuesto por representantes gubernamentales, y uno compuesto por representantes de partes interesadas). |
| Dinamarca | Conformado por una secretaría independiente ubicada en la Autoridad Empresarial Danesa, el Ministerio de Negocios y Crecimiento, y cinco miembros expertos que representan a grupos de partes interesadas. |
| Francia | Es un organismo de múltiples partes interesadas ubicado en el Tesoro, Ministerio de Economía, Finanzas y Empleo; compuesto por representantes por varios ministerios, sindicatos y una federación de empleadores. |
| Japón | Se trata de un organismo interministerial coordinado por el Ministerio de Asuntos Exteriores; integrado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Salud, Trabajo y Bienestar Social y el Ministerio de Economía, Comercio e Industria, con la asistencia de un organismo asesor integrado por la Federación de Empresas, la Confederación de Sindicatos y el PNC. |
| Reino Unido | Es una unidad autónoma ubicada en el Departamento de Comercio Internacional; supervisada por una Junta Directiva compuesta por representantes de departamentos gubernamentales, grupos de partes interesadas y un miembro experto "no afiliado". |
| Estados Unidos | Compuesto por un alto funcionario y un equipo del Departamento de Estado; con el apoyo de una Junta Asesora de Partes Interesadas, integrada por representantes de grupos empresariales, laborales, académicos, ambientales y de derechos humanos. |
| Colombia | PNC fue creado por el Decreto 1400 de 2012 como una instancia dependiente del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, subordinado a la Dirección de Inversión Extranjera y Servicios. Se contempló una estructura estatal para el PCN, con funcionamiento de un Comité Consultor de carácter cuatri-partito, en el que participarán funcionarios del Estado, representantes del sector privado, de los sindicatos y de la academia. |

Fuente: Tomado de OCDE: 2019, 4. El cuadro de Colombia fue agregado.

Este mecanismo de la justicia global corporativa que ya posee 48 PNC por todo el mundo (OCDE: 2019), funciona también como una red. Todos los PNC operan de manera equivalente, siguiendo cuatro criterios básicos en sus actividades:

- Visibilidad: el PNC debe garantizar que la disponibilidad de sus servicios sean conocidos por el público en general y debe jugar un papel activo en la promoción de las Directrices.
- Accesibilidad: el PNC debe facilitar el acceso fácil a sus servicios y resolver los problemas de manera eficiente y oportuna.
- Transparencia: el PNC debe ser transparente en todas las actividades, teniendo en cuenta la necesidad de confidencialidad para ofrecer buenos oficios.
- Responsabilidad: el PNC debe actuar de tal manera que genere confianza entre las partes interesadas y fomentar el perfil público de las Directrices.

La manera cómo se van unificando procedimientos y generando coherencia en las decisiones entre los 48 PNC, es a través del aprendizaje entre pares. Se propician reuniones regulares (regionales) dos veces al año, y ejercicios horizontales y temáticos de aprendizaje entre pares; también se usan revisiones individuales entre pares. En esos intercambios se identifican estrategias y formas de tratar los problemas transversales que enfrentan todos los PNC, por ejemplo, en comunicación, en la definición de reglas de procedimientos o para la coordinación entre PNC para el manejo de casos conjuntos.

El PNC competente para conocer un caso es el que tenga conexión directa con la matriz de la empresa multinacional, pero también el del lugar donde provengan o actúen sus sucursales o filiales. La demanda puede presentarse por escrito, en cualquier tiempo, adjuntando las pruebas que se consideren necesarias para justificarla. Además de los requisitos elementales como la identificación de denunciados afectados y de los demandados, se debe hacer una descripción de los hechos y reseñar las reglas de las Directrices quebrantadas, lo mismo que una mención coherente de las pretensiones que se tienen con la denuncia.

Los PNC de cada país realizan anualmente intercambios de experiencias y realizan un informe dirigido al CIME, en el que reportan resultados de sus actividades y casos. Los PNC tienen unas funciones básicas: la difusión de las Directrices, la sensibilización a los

diferentes agentes involucrados, contribuir a la resolución de problemas y elaborar informes de trabajo cada año. Los criterios para su funcionamiento son la visibilidad, la accesibilidad, la transparencia y la confidencialidad, a menos que las partes en cuestión acepten la divulgación del caso (Orsatti; Sánchez: 2009, 18).

En la fase de aceptación, los PNC tienen total discrecionalidad para la admisibilidad de la demanda. Contra la resolución que emitan no cabe recurso alguno y sólo opera una fiscalización de tipo general e interpretativo que hace el Comité de Inversiones -CIME- en su informe anual. Puede ocurrir que la resolución inicial del PNC solicite ampliación de la información presentada sobre el caso, o desestime la denuncia por falta de fundamento o porque se comprueba una *litis pendencia* en un sistema judicial determinado.

Para el trámite de casos en los PNC, estas instancias deben ofrecer un mecanismo de quejas para la amplitud de los temas cubiertos por las Directrices. Este mecanismo incluye tanto el acceso para presentar una denuncia como un procedimiento no judicial, sea gubernamental o no, para su atención o trámite. Los PNC tienen flexibilidad jurisdiccional al tener facultad de abordar problemas que surgen fuera del país en el que se existen, y también pueden tomar decisiones sobre qué PNC debería liderar un caso. Hasta la fecha, estas instancias han conocido casos surgidos en más de 100 países y territorios. Como mecanismo propio de la justicia global corporativa, las Directrices y los PNC: son el único mecanismo de reclamo no judicial internacionalmente reconocido, que tiene respaldo en el gobierno con un alcance material y territorial tan amplio (OCDE: 2019).

Los PNC no son instancias judiciales. Sus resoluciones no pueden imponer sanciones, otorgar compensación directamente ni obligar a las partes a participar en un proceso de conciliación o mediación. La resolución de disputas solo puede buscar acuerdos mutuos entre las partes, por lo tanto, es un procedimiento informal y no contencioso, lo que vuelve al mecanismo atractivo especialmente para las empresas.

Como ocurre de manera análoga con otros mecanismos de *soft law*, la tercera fase del procedimiento ante el PNC es de mediación. El PNC procura un acercamiento entre las partes a través de reuniones, propuestas, contrapropuestas, informes de terceros y alternativas de solución. Si existe voluntad entre las partes, se abre la cuarta fase del procedimiento que tiene por fin la conciliación o el desistimiento; cuando los arreglos

amistosos no prosperan, las partes buscan que el PNC realice una investigación independiente y emita unas recomendaciones para la empresa demandada, prescripciones que son formalmente obligatorias para hacer cesar las vulneraciones encontradas a las Directrices.

Las resoluciones de los PNC quedan en firme una vez se divulgan, pero el CIME puede interpretar y aclarar las Directrices respecto a las decisiones emitidas por uno o varios PNC que intervengan en el conocimiento de un caso, o hacerlo también a petición del TUAC o del BIAC. En determinados casos de incumplimientos procedimentales por parte de los PNC puede ocurrir la interpretación del CIME (TUAC-OCDE: 2006, 7). Es decir que existiendo una decisión a favor de las víctimas del desarrollo, ésta no se cumple hasta que las multinacionales usen los medios para evadirla, o sea, recurriendo a nuevos conceptos de los órganos de la OCDE, y aún si las recomendaciones se reiteran, su cumplimiento depende enteramente de la voluntad de las empresas para acatarlas.

(v) ¿Qué tipo de casos conocen los Puntos Nacionales de Contacto de la OCDE?

Cuadro 8. Tipos de violaciones de las Directrices de la OCDE cometidas por parte de empresas multinacionales entre 2001 y 2019

| <i>Tipo de casos</i> | <i>No. de casos</i> | <i>% sobre 295 casos</i> |
|---|---------------------|--------------------------|
| Relacionados con violaciones a derechos laborales y sindicales | 64 | 21,9 |
| Contaminación de ecosistemas y daños ambientales | 42 | 14,2 |
| Relacionados con violaciones a derechos humanos y a la salud | 35 | 11,8 |
| Involucramiento en conflictos sociales y armados internos | 22 | 7,4 |
| Desalojos ilegales de comunidades y violaciones a derechos territoriales de pueblos indígenas | 17 | 5,7 |
| Soborno, corrupción y mala administración de fondos | 16 | 5,4 |
| Relacionados con construcción de infraestructura minero-energética | 13 | 4,4 |
| Daños a la propiedad, a la vivienda y otras infraestructuras urbanas | 12 | 4,0 |
| Explotación del trabajo infantil | 11 | 3,7 |
| Relacionados con construcción e impactos de hidroeléctricas y otras plantas de energía | 8 | 2,7 |
| Financiación a proyectos de impacto ambiental | 6 | 2,0 |
| Falta de transparencia, problemas de divulgación de la información y competencia desleal | 6 | 2,0 |
| Compras ilegales de recursos naturales | 5 | 1,6 |
| Inversiones y negocios controversiales | 5 | 1,6 |
| Evasión fiscal | 5 | 1,6 |
| Almacenamiento y manejo de químicos y sustancias tóxicas para las poblaciones | 5 | 1,6 |
| Responsabilidad en incendio de fábrica | 3 | 1,0 |
| Restricciones al suministro de agua, de otros servicios y recursos | 2 | 0,6 |
| TOTAL | 295 | |

Fuente: Clasificación y cálculos propios con base en la base de información de la Organización OECD Watch (2001-2019). (Consultada el 10 de julio de 2019).

<https://complaints.oecdwatch.org/cases-es/cases-es/todos-los-casos/casesearchview>

OECD Watch⁹⁸ ha hecho seguimiento desde el año 2001 a los casos presentados ante este mecanismo de control, creando una base de información sobre su actuación⁹⁹. Especialmente han sistematizado los casos en los que intervienen diferentes ONG. Consultada esta base en el mes de julio de 2019 se encontró que entre octubre 2001 y junio de 2019 fueron presentados en diferentes PNC de todos los continentes, 295 casos por transgresiones a las Directrices. Una caracterización del tipo de casos que se tramitan ante los PNC es la que muestra en el anterior cuadro.

Del cuadro puede decirse que los casos radicados ante estas instancias sobre vulneraciones a las Directrices, se relacionan básicamente con violaciones a los derechos laborales (21,9%), a los derechos humanos sociales y territoriales (21,1%)¹⁰⁰, con la

⁹⁸ En el sitio web de OCDE Watch se lee: “OCDE Watch es una red mundial con más de 80 miembros en 45 países. La afiliación incluye un rango diverso de organizaciones de la sociedad civil unidas por su compromiso de asegurar que la actividad empresarial contribuya al desarrollo sostenible y la erradicación de pobreza y que las corporaciones sean responsables por sus impactos globales. En la ausencia de un marco mundialmente vinculante las Directrices de la OCDE tienen uno de los pocos mecanismos disponibles para asegurar que las empresas sean responsables por sus operaciones internacionales”.

Dentro de las estrategias de esta organización se encuentran:

-“Cabildeo & lobby: Como un actor interesado reconocido, OCDE Watch sirve como un canal interlocutor para traer las perspectivas e intereses de ONG y comunidades desfavorecidas, a las discusiones sobre las políticas en el Comité de Inversiones de la OCDE. Adicionalmente OCDE Watch también trabaja por monitorear y abogar un mejor desempeño de los PNC y la implementación de las Directrices. OECD Watch participa brindando consejos sobre las políticas en un gran rango de temas sociales, medioambientales y económicos relacionados con las inversiones internacionales y la actividad empresarial. La red trabaja por estas políticas y posiciones en su interacción con decisores gubernamentales de políticas, empresas y sindicatos”.

-“Fomento de capacidad & Apoyo: OECD Watch apoya todas las organizaciones de la sociedad civil y comunidades, presentando seminarios sobre el fomento y construcción de capacidad, proporcionando a los involucrados en casos, consejos detallados sobre el proceso de las quejas de la OCDE y proveyendo pequeñas donaciones a ONG que las necesitan y que su labor contribuya a los objetivos generales de la red”.

-“Investigaciones & Análisis: OCDE Watch investiga y analiza varios aspectos de la implementación, la eficacia y el impacto de las Directrices de la OCDE. OCDE Watch cree que la evaluación de la eficacia de las Directrices y la señalización de sus defectos pueden mejorar el desempeño del instrumento y de los PNC. La red mantiene una base de datos en Internet de todos los casos presentados por ONG y publica una Actualización Trimestral de Casos que incluye el desarrollo y análisis de casos. Otros instrumentos de responsabilidad empresarial: Fuera de las Directrices de la OCDE, OCDE Watch contribuye a otros esfuerzos de cabildeo para fortalecer los marcos de responsabilidad empresarial a nivel global”. Tomado de:

<https://www.oecdwatch.org/wp-content/uploads/sites/8/2012/06/OECD-Watch-folleto-Espa241ol-1.pdf> (Consultado: 10 de julio de 2019).

⁹⁹https://complaints.oecdwatch.org/cases-es/cases-es/todos-los-casos/casesearchview?b_start:int=0 (Consultado el 5 de julio de 2019).

¹⁰⁰ Resultado de reagrupar casos de salud, suministro de agua y servicios públicos, territorios indígenas y vivienda.

contaminación de ecosistemas (26,5)¹⁰¹, con la corrupción en las actividades empresariales (5,2%) y con la construcción de infraestructura minero-energética (4,4%). Llama la atención especialmente el involucramiento de las empresas multinacionales en asuntos relacionados con conflictos sociales y armados internos de algunos países periféricos.

Dentro de los casos de desalojo de poblaciones por causa de actividades de las empresas multinacionales (5,7% del total), se encuentran dos denuncias impulsadas por las comunidades del corregimiento del Tabaco (departamento de la Guajira): la primera fue presentada en el 26 de julio de 2007 contra la empresa inglesa BHP Billiton y aparece como un caso concluido, y la segunda presentada el 4 de octubre de 2007 que denunció a la empresa suiza Xstrata, caso igualmente concluido. El análisis de estas denuncias del Tabaco es el tema del último capítulo de este trabajo.

(vi) ¿Cuál es la eficiencia de los PNC de la OCDE para proteger a los derechos humanos?

Con base en la información sistematizada por OECD Watch sobre los casos puestos en los PNC por diferentes comunidades, ONG y sindicatos desde 2001, en el siguiente cuadro se muestra el nivel de eficiencia general de este mecanismo en los últimos dieciocho años, sobre un total de 295 casos presentados:

¹⁰¹ Reagrupando contaminación ambiental, impactos de la minería, inadecuado manejo de sustancias peligrosas y desarrollo de infraestructura hidro-energética.

Cuadro 9. Eficiencia del mecanismo de control a las empresas multinacionales de la OCDE de 2001-2019

| Año | Total de casos presentados | No. de casos rechazados | No. de casos concluidos / acuerdo | No. de casos pendientes /presentados | No. de casos retirados/ cerrados/ bloqueados/ sin información | % de resolución efectiva |
|--------------|-----------------------------------|--------------------------------|--|---|--|---------------------------------|
| 2001 | 5 | 1 | 2 | - | 2 | 40.0 |
| 2002 | 8 | 2 | 3 | - | 3 | 37.5 |
| 2003 | 12 | 4 | 4 | 3 | 1 | 33.3 |
| 2004 | 20 | 6 | 7 | - | 7 | 35.0 |
| 2005 | 9 | 1 | 2 | - | 6 | 22.2 |
| 2006 | 11 | 6 | 3 | - | 2 | 27.2 |
| 2007 | 11 | 4 | 4 | 1 | 2 | 36.3 |
| 2008 | 10 | 5 | 1 | 1 | 3 | 10.0 |
| 2009 | 7 | 1 | 3 | - | 3 | 42.8 |
| 2010 | 18 | 4 | 8 | 4 | 2 | 44.4 |
| 2011 | 23 | 6 | 7 | 6 | 4 | 30.4 |
| 2012 | 25 | 13 | 11 | - | - | 44,0 |
| 2013 | 43 | 29 | 14 | 4 | - | 32,5 |
| 2014 | 30 | 16 | 12 | - | - | 40,0 |
| 2015 | 16 | 6 | 6 | 4 | - | 37,5 |
| 2016 | 14 | 5 | 5 | 3 | 1 | 37,5 |
| 2017 | 11 | 2 | 3 | 6 | - | 27,2 |
| 2018 | 22 | 5 | - | 16 | - | 0 |
| Total | 295 | 116 | 95 | 48 | 36 | |
| % | | 39.3 | 32,2 | 16,6 | 12,2 | Promedio 32,1 |

Fuente: Cálculos propios con base en información de la Organización OECD Watch <https://complaints.oecdwatch.org/cases-es/cases-es/todos-los-casos/casesearchview> (Consultada: julio 10 de 2019).

Del cuadro se pueden extraer las siguientes conclusiones: del total de 295 casos presentados en el período 2001-2019 de funcionamiento de este mecanismo de *soft law*, tan sólo encontraron alguna solución efectiva una tercera parte (32,1%). Este promedio es muy bajo frente a las expectativas de las víctimas del desarrollo que ponen sus casos en los PNC buscando la protección de sus derechos. De entrada, 39.3% de las denuncias son rechazadas por insuficiencia en la información requerida o por incumplimiento de los requisitos de admisibilidad, pese a que se dice que es un mecanismo informal; 16,6% tendrían alguna posibilidad de ingresar al trámite si se complementan las denuncias y 12.2% de las mismas se frustraron de forma definitiva por diferentes razones (porque fueron cerrados por los PNC donde se tramitaban, quizá por inactividad de los denunciante, por desistimiento o por “bloqueo”). O sea, que sumadas las denuncias rechazadas (116) y las frustradas (36) durante su trámite, 152 denuncias no recibieron ninguna atención por parte de los Puntos Nacionales de Contacto, lo que equivale a 51,2% de los reclamos presentados, sin contar los 48 casos pendientes a 2018.

Un dato que resalta de estas cifras de la información de OECD Watch es que los casos descritos son acompañados por ONGS y sindicatos, es decir, las víctimas de actuaciones ilegales de las empresas multinacionales cuentan con un apoyo relativamente cualificado. Aún con este apoyo, si se suman el 39,3% de las denuncias rechazadas con el 16,6% que están pendientes de ser subsanadas, el 55,9% de los casos presentados tienen dificultades de acceso a este mecanismo de justicia corporativa y, por lo mismo, las víctimas tienen poca oportunidad de proteger sus derechos. Se debe presumir que gran parte de los casos de vulneraciones a los derechos humanos por causas empresariales, que no cuentan con apoyos externos (ONGS, redes o sindicatos) o con información suficiente sobre este mecanismo, sencillamente no se presentan o no prosperan una vez que se acude a él.

En el informe mundial de OECD Watch sobre los Puntos Nacionales de Contacto entre 2000-2005, ya se advertían algunas limitaciones de este mecanismo de control de las empresas multinacionales. En este período 45 casos fueron presentados por ONGS y 60 por la Comisión Sindical Consultiva (TUAC). Del análisis de los 45 casos, OECD Watch llegó a la siguiente conclusión:

Las Directrices no han tenido un impacto demasiado positivo en el control de las transnacionales ni han ayudado a reducir el número de conflictos entre comunidades locales e inversionistas extranjeros. Sin sanciones ejecutivas los gobiernos están más preocupados en tranquilizar a las multinacionales que en controlarlas. Por otro lado, en la mayoría de los casos los resultados finales de los procesos en los PNC han sido insatisfactorios, ya que son valorados como "arbitrarios, injustos e impredecibles (OECD Watch: 2006, 6).

Un sector de las empresas multinacionales ha buscado bloquear la operatividad de las Directrices bajo el argumento de que éstas no son generalizables a los países de la periferia, en los cuales se producen las mayores violaciones a los derechos humanos imputables a las multinacionales, casos en los cuales campea la impunidad.

La implementación de las Directrices en los países receptores de la inversión extranjera directa de las multinacionales, se enfrenta a una tensión inocultable: garantizar los derechos de libre iniciativa y ganancia a las empresas, flexibilizando todos los estándares regulativos para su funcionamiento y permanencia, u optar contrariamente por controles a las actividades empresariales lo que aleja las posibilidades de inversión.

El bajo nivel de resolución de los casos presentados ante los PNC revela que el conflicto es percibido en esta instancia como una cuestión más formal que real, pues se lo concibe

sólo como obstáculos para el normal funcionamiento de las empresas que deben ser dirimidos rápidamente, más que cómo vulneraciones reales a los derechos de las comunidades.

El mayor nivel de eficacia se encuentra para OECD Watch en las denuncias de conductas particulares que tienen carácter preventivo, o en aquellos casos que han optado por resoluciones parciales. Para esta ONG los obstáculos más visibles en el desarrollo de los procesos ante esta instancia son (OECD Watch: 2006):

Los PNC no gozan de total independencia a la hora de resolver los casos pues en general son estructuras dependientes del poder ejecutivo del Estado quien agencia las políticas de inversión, y en consecuencia tendrá poca voluntad para hacer control.

-Siendo un procedimiento inspirado en acuerdos tripartitos, las ong como actoras de la sociedad civil son relegadas y reciben un trato desigual que las margina de los procesos.

-La ubicación de los PNC en estructuras ministeriales encargadas de la promoción de empresas y de las inversiones le restan objetividad a las investigaciones que adelantan.

-Los PNC son oficinas que en general cuentan con escasos recursos e infraestructura, lo que refleja la falta de decisión política de los gobiernos para dotarlos de plena capacidad organizativa. Esta situación se traduce en dificultades reales para que los PNC puedan adelantar investigaciones completas que permitan por medio de un trabajo probatorio serio determinar los hechos que se denuncian. De esta forma todo el peso de la carga de la prueba recae sobre las ongs y las víctimas, mientras que la Administración mantiene una falsa y cómplice neutralidad.

-Los PNC tampoco realizan un oficio de mediación y contradicción de las pruebas; es casi imposible rebatir en el transcurso de las denuncias.

-Algunos preceptos de las Directrices por su generalidad y vaguedad abren válvulas de escape para que los PNC no profundicen en las investigaciones; por ejemplo, apelan a términos como "cuando sea factible" lo que dispensa a los funcionarios de llevar a cabo indagaciones serias.

-Existen grandes problemas para determinar las responsabilidades en los casos que involucran a la cadena productiva de la empresa. La reforma del año 2000 a las Directrices buscó mejorar las responsabilidades de las empresas multinacionales llevándola a la cadena productiva (proveedores y subcontratistas), pero por la ambigüedad en la redacción de este código de conducta voluntario muchos PNC rechazan las reclamaciones en esta dirección, alegando que las Directrices no son aplicables a cuestiones comerciales y sólo son aplicables a casos de inversión.

-La concurrencia con procedimientos paralelos internacionales o nacionales (administrativos, judiciales o arbitrales) causa que numerosos PNC retrasen o incluso rechacen las reclamaciones presentadas. La espera mientras se resuelven aquellos, crea la imposibilidad de influir en soluciones prontas, haciendo que este mecanismo sirva más para evitar responsabilidades vinculadas a las Directrices que para dirimir las reclamaciones presentadas.

-Las declaraciones de los PNC no son decisivas o son débiles. Numerosas declaraciones son genéricas, infundadas o poco claras, y dificultan establecer en qué grado la actuación de las multinacionales es acorde o disconforme con las Directrices. Tampoco expresan alternativas específicas que se adecúen a los contenidos de las mismas.

-El desarrollo de los procesos es poco transparente debido a la falta de comunicación entre los denunciantes y los PNC. Estas oficinas no explican la decisión de desestimar o cerrar los casos. Este problema se refuerza con la tendencia a extender la confidencialidad a todas las etapas del procedimiento. Muchas ONGs se enteran de tales decisiones por los Informes Anuales de los PNC.

-Se constata una falta de voluntad para evaluar y reconocer las presuntas violaciones a las Directrices. La mayoría de las resoluciones de los PNC se niegan a reconocer las violaciones de las Directrices por parte de las multinacionales, y recogen únicamente una mirada hacia el futuro para mejorar las situaciones concretas, obviando las responsabilidades.

-Resulta muy problemática la escasa o nula participación de las empresas. Del análisis de 45 reclamaciones presentadas hasta 2006 al mecanismo de las Directrices, se logró evidenciar que sólo el 13% de las empresas manifestó algún interés por participar en el diálogo ofrecido por los PNC. Éstos no ejercen ninguna presión al respecto. Las Directrices siguen siendo un mecanismo con mínimo poder coercitivo frente a las multinacionales.

Por las anteriores razones, ha crecido el escepticismo entre las poblaciones de los países del Sur para activar este mecanismo. En algunos casos, verbigracia como el de la República Democrática del Congo, los denunciantes consideraron negativa la débil reacción de los PNC de países como Holanda e Inglaterra cuyas empresas no fueron investigadas, a pesar de que un informe de un Panel de Expertos de la ONU comprobó que existían redes económicas, políticas y militares de cerca de 85 empresas transnacionales que empleaban los recursos naturales para enriquecerse y para financiar la guerra en ese país, mientras se generalizaban la violencia, el hambre y la pobreza. Los gobiernos de las empresas matrices se desentendieron de las denuncias y los PNC rechazaron muchas de ellas por falta de “nexo de inversión”. Existen reclamos por parte de ONGS y movimientos sociales del Sur para que las multinacionales cumplan con las Directrices, investiguen, condenen y reparen sus prácticas ilegales.

Si las prácticas y resoluciones de los PNC continúan siendo débiles, la lógica de la voluntariedad de las Directrices se seguirá imponiendo y las soluciones basadas en la responsabilidad social de las empresas tendrán un mínimo impacto. La falta de verificación independiente de las Directrices y la carencia de sanciones por su carácter no obligatorio, debilita este procedimiento de la justicia global corporativa frente a otros espacios de resolución de los conflictos basados en el arbitramento, en el derecho comercial o en recursos disponibles en el plano nacional.

2.3.2.1. El Punto Nacional de Contacto de Colombia

El gobierno colombiano ha sido proactivo en actualizar su agenda con los instrumentos internacionales *soft law* para la regulación de las actividades empresariales. Por ejemplo, ha sido uno de los 20 países que en el mundo han adoptado planes nacionales de acción¹⁰² sobre empresas y derechos humanos, haciendo eco a la Resolución 17/4 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que acogió en 2011 los Principios Rectores de Ruggie.

Uno de los mayores esfuerzos del gobierno de Juan Manuel Santos fue el de enmarcar a Colombia dentro de las llamadas economías emergentes, mostrando la idoneidad de país para ser evaluado en sus políticas de desarrollo y políticas sociales según los estándares de la OCDE. En enero de 2011 el gobierno anunció ante la OCDE el interés de Colombia de adherir a la Organización, la solicitud se formalizó en mayo de 2012 y el 30 de mayo de 2018 se firmó ante el Consejo Ministerial la adhesión protocolaria del país a la organización. Esta aceptación de membresía de Colombia a la OCDE se produjo tras un arduo trabajo de evaluación y aval de 23 comités de la OCDE y de varios grupos de trabajo¹⁰³, lo que implica un ajuste de varias de las políticas públicas nacionales a los estándares de “buenas prácticas” de esa organización¹⁰⁴. Para tal propósito se adoptaron mediante legislación interna algunos de sus instrumentos de la OCDE; uno de ellos, la adhesión a la Declaración

¹⁰² Ver: Consejería de Derechos Humanos. Presidencia de la República. 2015. Colombia Avanza. Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresas. Bogotá.

¹⁰³ Ellos fueron: 1. Comité de Agricultura, 2. Comité de Asuntos Fiscales, 3. Comité de Comercio, 4. Grupo de Trabajo de Créditos a la Exportación, 5. Comité de Competencia, 6. Comité de Economía y Desarrollo, 7. Comité de Educación, 8. Comité de Empleo, Trabajo y Asuntos Sociales, 9. Comité de Estadística, 10. Comité de Gobernanza Pública, 11. Comité de Gobierno Corporativo, 12. Comité de Inversión, 13. Comité de Mercados Financieros, 14. Comité de Pesca, 15. Comité de Política Ambiental, 16. Comité de Política Científica y Tecnológica, 17. Comité de Política del Consumidor, 18. Comité de Política Regulatoria, 19. Comité de Política de Desarrollo Territorial, 20. Comité de Política y Economía Digital, 21. Comité de Químicos, 22. Comité de Salud, 23. Comité de Seguros y Pensiones Privadas. También hubo revisión del Grupo de Trabajo en Desechos y Grupo de Trabajo sobre Cohecho en Transacciones Comerciales Internacionales.

¹⁰⁴ Si la primera fase de adhesión a la agenda de la OCDE resultó larga y difícil, porque las instituciones y los procesos en Colombia no estaban previstos según los estándares de las sociedades desarrolladas, la segunda fase será más compleja pues consistirá en adoptar los estándares de esa Organización, es decir, las entidades del Estado operarán a partir de las nuevas condiciones exigidas por los miembros de la Organización de lo que depende la membresía (Vargas-Alzate: 2018, 97 y ss; Mira; Gutiérrez: 2018).

de Inversión Extranjera y Empresas Multinacionales, de la que hacen parte las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales.

Con el Decreto 1400 de 2012 se implementó una estructura estatal para el PNC colombiano, con el funcionamiento de un Comité Consultor de carácter cuatri-partito, en el que participarán además de los funcionarios del Estado, el sector privado, los sindicatos y la academia. El PNC fue habilitado para conocer casos relacionados con violaciones a las Directrices de la OCDE por parte de empresas multinacionales, incorporando la novedad de usar la mediación de terceros cuando se considere oportuno. El PNC fue ubicado dentro de la Dirección de Inversión Extranjera y Servicios del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo lo que de entrada cuestiona su independencia e imparcialidad para tramitar los casos, sabiendo que su sede está en el ministerio que propugna por atraer las inversiones de las empresas al país, que en muchas ocasiones está condicionada a que se reduzcan los estándares de protección laboral, ambiental o social para las operaciones corporativas.

Hasta julio de 2019 se han tramitado tres casos ante el PNC colombiano, todos originados en conflictos laborales¹⁰⁵. En el siguiente cuadro se describen los casos:

Cuadro 10: Descripción de casos ante el PNC de Colombia 2012-2019

| | CASO DHL | CASO DRUMMOND | CASO HOLETES DECAMERON |
|---|---|---|---|
| Descripción y contenido de la denuncia | <p>-El 21 de noviembre de 2012, UNI Global Union (UNI) y la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte (ITF) presentaron un caso específico contra Deutsche Post DHL ante el Punto Nacional de Contacto Alemán de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.</p> <p>-Se denuncia que la empresa multinacional no ha respetado los derechos de los trabajadores a establecer y unirse a sindicatos en varios países en los que opera y que sus procedimientos de debida diligencia son insuficientes para respetar estos derechos.</p> | <p>-El 29 de julio de 2016, el Sindicato Nacional de Trabajadores Enfermos y Discapacitados del Sector Minero (SINTRADEM) y las Confederaciones Sindicales CGT seccional Cesar y CGT Colombia solicitaron la apertura de un caso específico contra la empresa multinacional Drummond LTD. ante el Punto Nacional de Contacto de Colombia.</p> <p>-Una vez revisados los elementos de forma necesarios, el 8 de agosto de 2016 el PNC dio por recibidos los documentos de la solicitud interpuesta comenzando entonces la etapa de Evaluación Inicial.</p> | <p>-El 15 de octubre de 2016, el PCN recibió una comunicación de la Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Gastronómica, Hotelera y Turística de Colombia (SINTHOL), por violaciones a varias de las Directrices laborales de la OCDE por los Hoteles Decameron - Hodecol S.A.S.</p> <p>-La denuncia se origina por un cambio de dirección comercial, que hace que Hodecol S.A.S asuma sus obligaciones laborales como presunto nuevo empleador.</p> <p>-El nuevo empleador no cuenta con las mínimas condiciones para desarrollar las actividades laborales.</p> |

¹⁰⁵ Ver: Casos específicos ante el PNC de Colombia: <http://qa.mincit.gov.co/mincomercioexterior/loader.php?IServicio=Publicaciones&id=8667> (Consultado: 14 de julio de 2019).

| | | | |
|--|--|---|--|
| | <p>-Alegaron los peticionantes que la empresa multinacional ha discriminado sistemáticamente a empleados afroamericanos e hispanos en sus actividades en Estados Unidos.</p> <p>-También se alega que la empresa multinacional ha utilizado de manera excesiva agencias de empleos en varios países para evitar tener que pagar salarios regulares y emplear trabajadores que hagan parte de un sindicato.</p> <p>-La queja reprocha a la multinacional ha usado el test de polígrafo en sus empleados en varios países.</p> | | <p>-Señaló que los representantes de la empresa violaron el debido proceso y las garantías sindicales por la iniciación de procesos disciplinarios contra los trabajadores y terminación del contrato, por ausencia injustificada, al nuevo lugar de trabajo, en medio de la negociación colectiva.</p> |
| <p>Directrices discutidas por violación</p> | <p>-Se alegó inobservancia de: Capítulo II: Principios Generales. Debida Diligencia Capítulo IV: Derechos Humanos Capítulo V: Empleo y Relaciones Industriales de las Directrices.</p> | <p>-Los peticionarios identificaron acciones de la empresa que consideraban causaban impactos negativos en la salud de los trabajadores e incumplían con las Directrices.</p> <p>-Alegaron la inobservancia de Directrices relativas a los capítulos II, IV y V - Principios Generales, Derechos Humanos y Empleo y Relaciones Laborales,</p> | <p>-Se alegó la inobservancia de: los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 7 y 8 del Capítulo V. Empleo y Relaciones Laborales, así como el Capítulo IV de Derechos Humanos de las Líneas Directrices.</p> |
| <p>Actuaciones del PNC</p> | <p>-El PNC líder fue el alemán, que aceptó el caso el 18 de junio de 2013 en relación con la presunta violación de los derechos sindicales en Turquía, India, Colombia, Indonesia y Vietnam.</p> <p>-En cuanto a la presunta violación de los derechos sindicales que incluye a trabajadores en Colombia, el PNC alemán inició el proceso de mediación, en el que el PNC colombiano fue requerido para intervenir.</p> <p>- De acuerdo con el solicitante en Colombia, puede haber una violación de sus derechos ya que DHL sancionó a un trabajador sindicalizado, por publicar en la cartelera informativa de la empresa documentos de la empresa relacionados con la jornada de trabajo y con un comunicado de prensa emitido por Uni Global Union.</p> <p>-Posteriormente, el Gerente de Operaciones de DHL retiró los documentos, indicando que el trabajador no tenía autorización para publicarlos.</p> | <p>-Tras la aceptación del caso, el PNC ofreció a las partes sus buenos oficios para facilitar la resolución del caso a través de un proceso de mediación.</p> <p>-El PNC monitoreó el procedimiento de mediación por un tercero escogido de común acuerdo por las partes. Brindó apoyo y asesoramiento neutro, y estuvo disponible para las discusiones posteriores.</p> <p>-Si bien durante los diálogos se mostraron posiciones divergentes sobre las posibles inobservancias presentadas, las partes concordaron en que un acuerdo resultaría beneficioso para la relación presente y futura entre la empresa y la asociación sindical.</p> <p>-El 1 de agosto de 2018, en la última sesión de mediación, el equipo mediador junto al PNC, presentó a las partes una propuesta de arreglo.</p> <p>-La propuesta incluyó los siguientes aspectos: 1. Promoción de prácticas de vida saludable, auto-cuidado y preventivas de la salud y seguridad en el trabajo. 2. Diseño de una estrategia</p> | <p>-El 15 de octubre de 2016, el PNC recibió la solicitud de apertura de Instancia Específica por parte de SINTHOL, en contra de Hodecol S.A.S.</p> <p>-El 8 de noviembre de 2016, el PCN confirmó la recepción del caso y la apertura del análisis en la Evaluación Inicial. Procedió durante los meses siguientes a celebrar reuniones separadas con su comité consultivo, la empresa y otras entidades involucradas en el caso.</p> <p>-El 1 de marzo de 2017, el PNC emitió la decisión de la Evaluación Inicial, donde rechazó el caso.</p> |

| | | | |
|--------------------------|--|---|---|
| | <p>-Otros 2 casos son mencionados por el solicitante como ejemplos de la falta de respeto a los derechos laborales: un trabajador fue despedido, presuntamente, debido a que le insistió a un superior sobre la necesidad de discutir las condiciones de trabajo; otro trabajador fue despedido después de hacer un video que mostraba las malas condiciones laborales producto de un mayor volumen de trabajo.</p> <p>-Tras una serie de reuniones con las partes, el PNC alemán el 30 de enero de 2014 publicó la evaluación final del caso.</p> | <p>contribuir con la calidad de vida de los trabajadores enfermos y/o discapacitados.</p> <p>3. Acompañamiento por parte de la Empresa a los trabajadores con problemas de salud en los trámites y procesos ante la ARL, la EPS y las Juntas de Calificación (regional y nacional) y durante el proceso de reubicación.</p> <p>4. Fortalecimiento de los canales de comunicación entre la Empresa y SINTRADEM.</p> <p>5. Compromiso con los derechos humanos.</p> <p>6. Tratamiento de casos individuales.</p> <p>-Durante la última sesión, si bien las partes coincidieron en diferentes propuestas particulares, discreparon significativamente en aquellas proposiciones que contenían un componente económico. Lo anterior conllevó a la conclusión del proceso de mediación sin acuerdo entre las partes.</p> | |
| <p>Decisiones</p> | <p>-En cuanto a la presunta utilización de agencias de empleos, el PNC alemán considera que la utilización de estas agencias no representa una violación directa de las Directrices o de otros estándares internacionalmente aplicables, como por ejemplo: la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos fundamentales en el trabajo de 1998.</p> <p>-Para el PNC alemán no había indicios de un uso generalizado de las agencias de empleo ni una intención de negar el pago regular o de evitar los derechos sindicales. Por lo tanto, no aceptó la queja para un examen más detallado en este aspecto.</p> <p>-Con respecto a la utilización de la prueba del polígrafo, el PNC alemán señaló que el uso de detectores de mentiras sólo puede representar una violación de las Líneas Directrices de la OCDE si las Directrices o los otros estándares internacionales de derechos humanos prohíben su uso en el trabajo. El PNC alemán considera que no hay un principio reconocido internacionalmente que prohíba el uso proporcional de los detectores de mentiras por las empresas en el trabajo.</p> | <p>-El PNC tomó dos decisiones sobre las solicitudes de los peticionarios:</p> <p>-En primer lugar, el PNC rechazó, en su totalidad, los puntos correspondientes al capítulo de Empleo y Relaciones Laborales. Concluyó, que el ofrecimiento de buenos oficios en este caso no tendría ninguna posibilidad de generar un aporte positivo a la situación en los términos solicitados por los peticionarios, al estar estos sujetos a decisiones del foro judicial.</p> <p>-En segundo lugar, el PNC admitió para examen futura los puntos relativos a los capítulos de Principios Generales y DD.HH.</p> | <p>-Teniendo en cuenta los supuestos facticos y los parámetros establecidos en las Directrices, el PNC concluye:</p> <p>-Rechazar el examen de la Solicitud de Instancia Específica. El PNC advierte que las solicitudes realizadas por el peticionario están todas dirigidas hacia asuntos laborales de carácter legal y extralimitan en esta ocasión su competencia. El PNC, o las mesas de mediación que inicie, no pueden determinar asuntos tales como la calidad de empleador de una sociedad sobre sus empleados, o la existencia de la figura de la sustitución patronal, o la existencia de un sindicato específico, o la validez de una convención colectiva. Estas materias son de competencia exclusiva de los jueces y están regladas en el ordenamiento legal colombiano.</p> <p>-Las peticiones hechas en este sentido deben ser dirigidas por la jurisdicción ordinaria y no le compete al PNC actuar frente a ellas, ni configurarse como una instancia adicional. En breve, no se trata de asuntos ‘mediables’, es decir, asuntos que puedan encontrar solución en una mesa de mediación con recomendaciones del PNC.</p> |

| | | | |
|--|--|--|--|
| | <p><i>-Mediación del PNC de Colombia:</i></p> <p>-Respecto a la denuncia de violación a los derechos de los trabajadores a establecer y unirse a organizaciones sindicales, el PNC nacional concluyó que en el caso de la suspensión y los dos despidos, no constató una violación de la legislación laboral colombiana.</p> <p>-El caso de la suspensión había sido presentado ante el Ministerio de Trabajo, que después de revisar las alegaciones y las pruebas presentadas, había decidido no sancionar a la empresa multinacional.</p> <p>-El PNC colombiano ofreció su asistencia en posibles conversaciones entre la empresa multinacional y los empleados de <i>DHL Express</i> y está dispuesto a apoyar los esfuerzos de las partes para mejorar las relaciones laborales de conformidad con las Líneas Directrices.</p> <p>-En septiembre de 2013 se concluyó un acuerdo entre el sindicato local y <i>DHL Express</i> Colombia para usar la cartelera informativa para anuncios.</p> <p>-Frente a las intimidaciones de los trabajadores para el ejercicio de la afiliación sindical y para las actividades sindicales, el PNC recomendó una evaluación interna por parte de la empresa y un informe sobre sus resultados, cuyo contenido será confidencial y será compartido con los sindicatos locales.</p> | | |
|--|--|--|--|

Fuente: elaboración propia con base en información disponible sobre los casos en el sitio web del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo¹⁰⁶.

Los tres casos tramitados hasta ahora por el Punto Nacional de Contacto de Colombia, sobre derechos laborales todos, han sido rechazados con el argumento central de que las

¹⁰⁶ Ver: <http://qa.mincit.gov.co/mincomercioexterno/loader.php?IServicio=Publicaciones&id=8667>

peticiones hechas tienen pretensiones jurídicas que desbordan su competencia, y no plantean violaciones directas a las Directrices de la OCDE. Sin entrar a discutir las razones del rechazo, la no solución de los tres casos en el PNC opaca las expectativas de las víctimas del desarrollo sobre lo que se puede resolver allí.

2.3.3. Balance sobre la eficiencia para la protección de los derechos humanos de algunos mecanismos de *accountability*

Estudiados los mecanismos institucionales de la justicia global corporativa: en el texto de la monografía las Directrices y Puntos Nacionales de Contacto de la OCDE, y en el anexo, los mecanismos de *accountability* del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo, se puede concluir que tales mecanismos poseen un bajo nivel de eficiencia para la protección de los derechos de las víctimas del desarrollo que acuden a ellos, y un bajo nivel de eficacia de sus resoluciones pues sólo constituyen recomendaciones de cumplimiento voluntario, sin poder jurídico. Por lo mismo, siguen siendo las posibilidades (escasas) de acción jurídica, las rutas más aconsejables para asegurar la protección de los derechos y las reparaciones que pretenden las víctimas.

- ***La eficiencia de las Directrices y los Puntos Nacionales de Contacto de la OCDE***

La OCDE es una de las instituciones de la gobernanza neoliberal. Convierte de hecho sus lineamientos en reglas universales que son asumidas, directa o indirectamente, por los países no miembros, en especial por los países periféricos; esto revela precisamente la eficacia práctica del derecho comercial global. En esta lógica pueden ubicarse las Directrices para Empresas Multinacionales sobre Derechos Humanos de 1976, y su mecanismo de seguimiento y solución de conflictos que son los Puntos Nacionales de Contacto del año 2000.

Las Directrices se tratan de principios de cumplimiento voluntario de tipo *soft law* hechos por los gobiernos a las empresas multinacionales, y en consecuencia, no exigibles por vías judiciales. Se someten a un procedimiento especial, cuyo escenario principal son los Puntos Nacionales de Contacto (PNC). Con la revisión a las Directrices en el año 2011 se buscó hacer más eficaz el trámite de los casos ante los 48 PNC existentes.

Los casos radicados ante estas instancias sobre vulneraciones a las Directrices, se relacionan básicamente con violaciones a los derechos laborales (21,9%), a los derechos humanos sociales y territoriales (21,1%)¹⁰⁷, con la contaminación de ecosistemas (26,5)¹⁰⁸, con la corrupción en las actividades empresariales (5,2%) y con la construcción de infraestructura minero-energética (4,4%).

Del total de 295 casos presentados en el período 2001-2019 de funcionamiento de este mecanismo de *soft law*, tan sólo encontraron alguna solución efectiva una tercera parte (32,1%). De entrada, 39.3% de las denuncias son rechazadas por insuficiencia en la información requerida o por incumplimiento de los requisitos de admisibilidad, pese a que se dice que es un mecanismo informal; 16,6% tendrían alguna posibilidad de ingresar al trámite si se complementan las denuncias y 12.2% de las mismas se frustraron de forma definitiva por diferentes razones (porque fueron cerrados por los PNC donde se tramitaban, quizá por inactividad de los denunciantes, por desistimiento o por “bloqueo”). O sea, que sumadas las denuncias rechazadas (116) y las frustradas (36) durante su trámite, 152 denuncias no recibieron ninguna atención por parte de los Puntos Nacionales de Contacto, lo que equivale a 51,2% de los reclamos presentados, sin contar los 48 casos pendientes a 2018.

- **Los dos mecanismos de rendición de cuentas del Banco Mundial**

El Banco Mundial (BM) empezó desde 1993 a adoptar una serie de procedimientos internos diseñados para promover una mayor participación y rendición de cuentas ante la sociedad civil. Muestra de ello fue la creación del Panel de Inspección en el año 1993 y de la Oficina del Ombudsman y Asesor en Materia de Observancia (CAO, por su sigla en inglés) en 1999.

El Panel no es un tribunal de justicia, por lo cual no tiene facultades para emitir sentencias vinculantes y ejecutables (BM: 2010: 29). Las pretensiones de las quejas pueden ser: (i) que la administración del BM tome acción para corregir el daño, de manera rápida cuando corrobore los perjuicios, o luego de un plan de acción. La decisión será adoptada por el

¹⁰⁷ Resultado de reagrupar casos de salud, suministro de agua y servicios públicos, territorios indígenas y vivienda.

¹⁰⁸ Reagrupando contaminación ambiental, impactos de la minería, inadecuado manejo de sustancias peligrosas y desarrollo de infraestructura hidro-energética.

directorio banco que la presentará a manera de recomendaciones al finalizar la investigación; (ii) solicitar propiamente una verificación de observancia para determinar si las violaciones de las políticas y procedimientos del BM estuvieron relacionadas con el daño; (iii) y prevenir daños en futuros proyectos del BM a través de buenas prácticas. No prospera ante esta instancia, pretender que el daño ocasionado por un proyecto financiado por el BM, termine el proyecto (Panel: 2009; 2018).

El Panel al no ser un tribunal con autoridad, no puede obligar a la implementación de las soluciones o recomendaciones que haga frente al problema. El Panel informa directamente al directorio ejecutivo del BM, y es esta administración la que tiene la responsabilidad de: (i) abordar y responder los hallazgos del Panel; (ii) determinar la culpabilidad o inocencia del personal del BM relacionado con el proyecto demandado; (iv) el Panel hace sólo seguimiento al cumplimiento de las cuestiones adoptadas por la administración del banco; y (v) el Panel no investiga al gobierno prestatario, sólo al BM.

Desde su creación en octubre de 1994 hasta julio de 2019, el Panel recibió 133 casos. Los casos más problemáticos son aquellos que tienen que ver primero con la administración pública y el derecho (41,6%), o sea, relacionados con políticas de ajuste estructural del BM (fiscales, tributarias, macroeconómicas, institucionales y de administración de justicia) que por lo regular tienden a procesos de modernización del Estado basados en la ortodoxia neoliberal. En segundo lugar, han sido denunciados ante el Panel los proyectos de energía y minas (30,7%) financiados a gobiernos por el BM (como la construcción de infraestructura hidro-energética, de plantas térmicas y extractivismo). Luego han sido denunciados proyectos de construcción de acueductos, alcantarillados y protección contra inundaciones (29,2%), los proyectos de transporte o con fines viales (25,3), los proyectos de desarrollo rural y sostenible: agricultura, pesca y silvicultura (20,0%), y los proyectos de protección social (20,50%). Con base en informaciones del mismo Panel, las políticas operativas que más violan los proyectos denunciados por las víctimas del desarrollo son: acceso a la información en 109 casos de los 130 (81,9%), financiamiento de proyectos de inversión con 95 casos (71,4%), consulta y divulgación con 90 casos (67,6%), reasentamiento involuntario con 70 casos (52,6%), pueblos indígenas con 42 casos (31,5%) y hábitats naturales con 33 casos (24,8%).

De las solicitudes de inspección recibidas por el Panel en sus veinticinco años de funcionamiento (hasta junio de 2018), el Panel reportó las siguientes cifras: solicitudes recibidas: 126; registradas: 93 (73,8%); investigaciones recomendadas 42 (33,3%); investigaciones abiertas: 35 (27,7%); y 2 pilotos (Panel: 2018b, 31). O sea, tan sólo la tercera parte de las reclamaciones presentadas al Panel fueron objeto de alguna verificación.

El otro microsistema de rendición de cuentas del Banco Mundial es la Oficina del Ombudsman y Asesor en materia de Observancia (CAO, por su sigla en inglés), creado en 1999 como un mecanismo independiente de responsabilidad y transparencia para la Corporación Financiera Internacional (IFC, por su sigla en inglés) y la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA, por su sigla en inglés), organismos del Grupo del Banco Mundial encargados de conceder préstamos y garantías al sector privado.

En dieciocho años fueron presentadas 525 denuncias ante la CAO por las víctimas del desarrollo, cifra casi 4 veces superior a las 133 denuncias presentadas ante el Panel de Inspección. De las 525 reclamaciones, 351 no cumplieron los requisitos de elegibilidad para evaluación, o sea, un 66,9% de las mismas. Nuevamente aquí es elevado el porcentaje de denuncias que se archivan pese a que los criterios de admisibilidad se recalcan como de fácil acceso.

La mayoría de las reclamaciones en la CAO por sector están asociadas con proyectos: extractivos de tipo energético (minería, petróleo, gas y químicos) que representan un 19% de los casos; los de construcción de infraestructura (oleoductos, hídrica y electricidad) son el 29% de las denuncias; los proyectos agroindustriales son el 17%; los de manufactura y servicios alcanzan el 16% y los vinculados a mercados financieros representan el 14% (CAO: 2018, 22).

Calculando el nivel de efectividad de los casos realmente aceptados y tramitados en la CAO se tiene que de las 575 denuncias incoadas ante este mecanismo, 174 fueron consideradas admisibles (30,4%). Es decir, que 351 quejas (el 61,0%) fueron desestimadas de entrada, y las personas o comunidades afectadas en sus derechos se quedaron sin ninguna respuesta o solución a sus problemas. De los 174 casos aceptados han recibido algún tipo de respuesta o solución 128, lo que indica que en general, y sobre la base del total de los

525 reclamos incoados por las víctimas del desarrollo, el nivel de eficacia del mecanismo de la CAO es del 24,3%; nivel muy bajo. Apenas la cuarta parte de las reclamaciones formuladas recibieron algún tipo de respuesta.

- ***Eficiencia del mecanismo de rendición de cuentas del Banco Interamericano de Desarrollo (BID)***

La misión principal del Mecanismo de Investigación Independiente (MII) creado en 2001 fue manejar los reclamos de comunidades perjudicadas debido al incumplimiento por el BID de sus políticas operativas. La creación de este mecanismo siguió la línea trazada por el Panel de Inspección del BM de *accountability* externa (Lacuisse: 2017, 350), y también en respuesta a diversas presiones de organizaciones de la sociedad civil de la región.

Cuando el proceso del mecanismo se activa según lo establecido, las inquietudes de los reclamantes se presentan ante el Directorio Ejecutivo del BID, el cual puede nombrar un panel independiente para que examine los hechos y le informe si el Banco infringió las políticas.

El MII funcionó como mecanismo de inspección hasta febrero de 2010 cuando fue reemplazado por el Mecanismo Independiente de Consulta e Investigación (MICI). Ante el inocultable fracaso del primer mecanismo *soft law* del BID conocido como el MII, que entre 2001 y 2010 recibió 33 reclamaciones y sólo dio trámite a 5 de ellas (el 15,1% de eficiencia), el BID creó en 2010 el Mecanismo Independiente de Consulta e Investigación (MICI).

En el período 2010-2019 fueron depositadas ante el MICI 150 denuncias por las víctimas del desarrollo. Estas reclamaciones se originan en proyectos financiados por el BID que tienen que ver con:

- Proyectos de desarrollo urbano: 49 reclamaciones que representan un 32,6% de las quejas.
- Proyectos de construcción de infraestructura (transportes-energías): 42 denuncias (28%).
- Proyectos de políticas sectoriales e institucionales: 20 denuncias (13,3%).
- Proyectos de desarrollo rural: 16 reclamaciones (10,6%).
- Proyectos de desarrollo sostenible (medio ambiente /áreas protegidas): 14 quejas (9,3%)

-Proyectos relativos a poblaciones étnicas: 2 denuncias (1,3%).

De las 150 reclamaciones presentadas por las comunidades afectadas, 107 reclamos no fueron procesados, por no ser elegibles; es decir, que de entrada el 71,3% de los reclamos quedaron sin ningún tipo de solución. Sólo 26 casos fueron cerrados tras una solución en las fases de consulta o de verificación, lo que corresponde al 17,3% de efectividad hasta el momento del MICI; 11 casos (7,3%) se encuentran abiertos y potencialmente pueden obtener alguna respuesta.

De las cifras se puede concluir que el MICI ciertamente estimuló la participación y denuncia de casos por parte de las víctimas del desarrollo de los proyectos del BID, pero su nivel de desempeño para el trámite de los reclamos presentados es muy bajo: 17,3%, lo que no supera de manera significativa lo actuado por el MII.

Igual que notamos con los mecanismos de inspección del BM, el MICI también carece de poder para que las soluciones o recomendaciones emitidas frente a los casos sean ejecutables de forma vinculante para el Banco. Sólo es un mecanismo de inspección sin fuerza jurídica para resolver las situaciones de afectación de los derechos de personas y poblaciones ocasionadas por incumplimiento de las políticas operativas del Banco. Todas las decisiones finalmente son adoptadas por las directivas del Banco que en ninguna circunstancia va a detener los proyectos que lesionan los derechos de las comunidades; lo que se ve son medidas paliativas de resarcimiento de las víctimas y no decisiones de reparación integral.

En el anexo de esta monografía se estudia con detenimiento el funcionamiento de estos mecanismos institucionales de rendición de cuentas. El panorama de los resultados que muestran los mecanismos de la justicia global corporativa descritos, reitera nuestra apreciación de que estos mecanismos no son la alternativa para el acceso a la justicia de las víctimas del desarrollo, y para la reparación integral de las violaciones a sus derechos humanos. Muy al contrario, estos microsistemas de justicia *soft law* sirven es al interés de legitimación de las instituciones de la gobernanza neoliberal, y no detienen los proyectos de desarrollo que atentan contra las comunidades y sus territorios:

Durante los últimos años los marcos regulatorios regidos por la gobernanza han proliferado, tal y como se muestra más adelante. Sin embargo, uno de los objetivos de este tipo de marcos regulatorios es que el financiamiento destinado a proyectos, programas y políticas en nombre del desarrollo pueda seguir fluyendo y que se disminuya el riesgo. En este sentido, la gobernanza es la suma de mecanismos de control pensados para garantizar el flujo del financiamiento para el desarrollo, sin que dicho marco colisione con los intereses del mercado, es decir, de la inversión. (González; Del Pozo: 2016, 58).

Refuerzan nuestras consideraciones sobre la débil protección de los derechos de las víctimas del desarrollo por el *soft law* de las instituciones de la gobernanza, recientes evaluaciones comparadas sobre los mecanismos de consulta y rendición de cuentas en materia social y ambiental de los bancos para el desarrollo que actúan en América Latina y El Caribe (GREFI: 2018); evaluación hecha a partir de los estándares internacionales incluidos en los Principios de Ecuador¹⁰⁹.

El estudio evaluó 5 ejes temáticos en las instituciones financieras que más invierten en proyectos de desarrollo en la Región, clasificadas en tres categorías: a) banca tradicional (BIRF-BM, CFI, BID, CII)¹¹⁰; b) banca emergente (CAF, BNDES)¹¹¹ y c) banca china (BDC, BEIC)¹¹². Los ejes evaluados fueron: (i) las regulaciones sociales y ambientales de los bancos, y su idoneidad para identificar, prevenir, mitigar, gestionar y monitorear los impactos de las inversiones, y para asegurar la consulta a las comunidades; (ii) El acceso a la información para la participación de las comunidades y su acceso a un mecanismo independiente de denuncias; (iii) las formas de participación; (iv) las políticas hacia los pueblos indígenas; y (v) unos elementos transversales.

Entre las conclusiones más importantes del GREFI (2018) se destacan:

¹⁰⁹ Ver: Principios de Ecuador en http://www.equator-principles.com/resources/equator_principles_III.pdf. Recuperado el 2 de junio de 2019.

¹¹⁰ Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) comúnmente conocido como Banco Mundial (BM); Corporación Financiera Internacional (CFI) del grupo BM; Banco Interamericano de Desarrollo (BID); y la Corporación Interamericana de Inversiones (CII) que forma parte del BID.

¹¹¹ Banco de Desarrollo de América Latina (CAF) -antes Corporación Andina de Fomento- y el Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social de Brasil (BNDES).

¹¹² Banco de Desarrollo de China (BDC) y el Banco de Exportaciones e Importaciones de China (BEIC).

a) las IFIS carecen de estándares normativos en sus operaciones inversionistas frente a los impactos socio-ambientales que puedan ocasionar, o sea, no funcionan con normas vinculantes (fuerza jurídica); sólo el Banco Mundial mostró un resultado cercano al 50% de los parámetros evaluados, mientras el BID, la CII y el BNDES estuvieron por debajo del 50%, siendo gravemente deficitario el nivel normativo en la banca china. Tampoco los bancos emergentes y chinos poseen calificación por debajo del 50% en relación a normas de pueblos indígenas y de acceso a la información.

b) Las instituciones evaluadas, menos la banca china, establecen que el cliente inversionista debe cumplir con la legislación nacional y con los tratados internacionales ratificados por el país receptor; la banca emergente menciona débilmente esta prescripción.

c) Sólo tres bancos (BM, CFI y CAF) de los ocho bancos evaluados incorporan herramientas normativas de evaluación de riesgos e impactos ambientales y sociales.

d) En acceso a la información solo dos instituciones: BM y la CIF alcanzaron un 64% de este indicador, el BID 50% y el resto de la banca emergente y china tienen puntuaciones bajas en la divulgación de información y de los proyectos, desclasificación de archivos, respuestas a consultas de las comunidades, transparencia en la información institucional, etc. Este parámetro es clave, por ejemplo, para cumplir con la obligación de las consultas a las comunidades y para garantizar su veeduría y participación.

e) En la evaluación del estándar de participación, cuyos criterios analizados fueron la consulta pública de los proyectos, el alcance de la participación y el funcionamiento de un mecanismo de quejas, la puntuación del GREFI (2018, 25) indica que el BM cumple con el parámetro en un 69%, y para el resto de la banca el indicador apenas llega al 30%. Respecto a la consulta previa, libre e informada para las poblaciones indígenas, como derecho protegido internacionalmente a su autodeterminación, el BM, la CFI, el BID y la CAF calificaron con 52%, en la banca china y otras instituciones financieras emergentes no existe simplemente esa obligación. Por este desconocimiento de los derechos indígenas en las inversiones en la Región, la Comisión de Derechos Humanos ha reconocido un aumento de las peticiones individuales y medidas cautelares con relación a violaciones a los derechos humanos de los pueblos indígenas en el contexto de proyectos de desarrollo, inversión y extracción¹¹³.

¹¹³ CIDH. Informe “Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas”, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MujeresIndigenas.pdf>. Citado en: GREFI: 2018, 27.

Capítulo 3

Regulación y responsabilidad de las personas jurídicas en Colombia

Hemos constatado en el acápite anterior que el ámbito internacional lo que predomina en el tema de empresas y derechos humanos son los espacios y mecanismos de la justicia global corporativa, estructurados por la lógica análoga de la responsabilidad social empresarial y de la *accountability* de las IFIS, y también los pronunciamientos indirectos y suaves de los órganos de protección de los tratados de derechos humanos (Carrillo: 2017; Colmegna: 2012). Lo más interesante en el plano internacional, es la expectativa de *lege ferenda* que viene progresando con la discusión liderada por el Grupo de Trabajo Intergubernamental de Naciones Unidas para la creación de un tratado jurídico vinculante para empresas transnacionales. Se dijo que el notable el vacío legal para la regulación de las empresas en asuntos de derechos humanos, es el que ha posibilitado la hegemonía en el mundo de la responsabilidad social empresarial o de la auto-regulación de *soft law*.

La pregunta que articula este capítulo es, si en ausencia de mecanismos jurídicos eficaces para proteger los derechos de las víctimas del desarrollo en el plano internacional, son los mecanismos judiciales existentes en el derecho interno los que tienen mayor idoneidad para tal salvaguardar la dignidad de las víctimas, y para que ellas logren una reparación integral a los daños que les han ocasionado empresas e inversionistas transnacionales.

Hay que comenzando que en el ámbito nacional son visibles también las limitaciones respecto a la responsabilidad jurídica de las empresas y de otras agencias privadas que violen los derechos humanos. Por ejemplo, en materia penal no hay posibilidades de juzgamiento directo de las personas jurídicas, sólo de las personas naturales a través de las cuales aquellas actúan; y en el campo de derecho privado, hay una responsabilidad civil extracontractual directa que se aplica desde 1962, a través de la cual las víctimas sólo pueden conseguir la indemnización de perjuicios pero no una reparación en sentido integral.

En el ordenamiento jurídico nacional sigue siendo débil la regulación y las posiciones doctrinales que reconozcan una responsabilidad jurídica directa e integral de la empresa

como ente colectivo. Las conductas empresariales contrarias al derecho siguen teniendo en general un tratamiento independiente entre los diferentes campos jurídicos, aunque algunas de las responsabilidades (administrativas, civiles o penales) pueden ser concurrentes.

Abordando la cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas en el plano nacional, el tema debe analizarse desde tres ámbitos del derecho: el constitucional, el civil y penal. Realizaremos ahora una exploración no sistemática de tesis centrales de la jurisprudencia relativa a las personas jurídicas empresariales en esos campos jurídicos. Con esta revisión podremos concluir al final de capítulo, hasta dónde el derecho interno puede reparar a las víctimas del desarrollo por las violaciones a sus derechos cometidas por los agentes corporativos.

3.1. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN EL AMBITO CONSTITUCIONAL

No existen estudios ni una línea jurisprudencial que articulen cuestiones complejas sobre la constitucionalidad de los derechos relacionados con la libre iniciativa económica en relación con los tratados de libre comercio y de protección de las inversiones, y con relación a la responsabilidad jurídica (y penal) de las empresas, todo en el marco del modelo del Estado Social de Derecho, noción que explicara de manera certera el recordado Magistrado Ciro Angarita en su célebre Sentencia T-406 de 1992. Tal tarea desborda el propósito de este trabajo de investigación, por lo cual sólo se hará referencia breve a fallos significativos de la Corte Constitucional sobre los tópicos enunciados.

En relación con el fenómeno jurídico de la empresa la Corte Constitucional ha tenido varios puntos de enunciación: uno muy sostenido alrededor del contenido y alcance del derecho a las libertades económicas y de empresa; otro punto de vista sobre responsabilidades jurídicas (civiles, administrativas y sociales) de las empresas y un último lugar de enunciación muy tenue aún sobre responsabilidad penal de las empresas que están involucradas en violaciones de derechos humanos o incluso con crímenes ordinarios o delitos cometidos en el marco del conflicto armado.

La reflexión constitucional sobre la libertad de empresa y sus alcances ha sido progresiva (Beltrán; Rincón; Gil: 2018), en el marco de un modelo constitucional de economía social de mercado (Corte Constitucional –C.C.-. Sentencia C-265 de 1994; Sentencia C-516 de 2004; Sentencia C-978 de 2010), en el cual el Estado puede intervenir la economía para remediar las fallas del mercado (C.C., Sentencia C-535-1997; Sentencia C-150 de 2003) y promover el desarrollo económico y social (C.C., Sentencia C-263 de 2011), siendo la empresa y la libre iniciativa privada motores del desarrollo económico, limitados a los fines constitucionales (C.C., Sentencia C- 228 de 2010; Sentencia C-263 de 2011; Sentencia C-032 de 2017).

Las libertades económicas consagradas en el artículo 333 constitucional abarcan un amplio género de derechos, cuyos componentes particulares son la libertad de empresa y a la libre competencia económica, que deben ejercerse dentro de los límites del bien común. La Corte postuló inicialmente la tesis de que el estudio constitucional de la empresa debía abordar una doble dimensión. Por un lado, su análisis en el marco de las libertades económicas y del desarrollo de la nación, y por otro lado, en relación a la función social y ecológica que tiene el derecho a la propiedad en la Constitución. El artículo 333 para la Corte propende por un claro equilibrio entre la libertad económica y el interés general, fin esencial del Estado Social de Derecho (C.C., Sentencia C- 624 de 1998).

Ninguna de las libertades y derechos constitucionales, incluyendo las libertades económicas, pueden interpretarse con carácter absoluto, en la medida en que su ejercicio admite límites para hacer prevalecer valores superiores, y esto se logra con una adecuada intervención del Estado (C.C., Sentencia C- 265-94). El artículo 333 de la Constitución Política (C.P.) establece que la empresa tiene una función social que impone obligaciones y responsabilidades que se atienen a estos criterios: (i) deben ser determinadas por la ley; (ii) deben respetar el núcleo esencial de la libertad económica lícita de la que se trate, sin que las autoridades puedan imponer barreras injustificadas que hagan nugatorio el derecho; (iii) las limitaciones que se adopten deben sustentarse en el principio de solidaridad y en las finalidades constitucionales del Estado Social de Derecho y, (iv) responder a los test de razonabilidad y de proporcionalidad (C.C., Sentencia C-815 de 2001; Sentencia C-654 de 2003; Sentencia C- 432 de 2010; Sentencia C-228 de 2010; Sentencia C-263 de 2011).

Las decisiones de una empresa no pueden ser juzgadas únicamente desde la óptica absoluta de la autonomía, sino que sus actuaciones deben ser consideradas a la luz las consecuencias sociales y ecológicas que producen; por lo mismo, la libertad de empresa cede o debe conciliarse con los valores y principios constitucionales (C.C., Sentencia T-375 de 1997). Uno de los objetivos constitucionales principales se encuentra en mantener y profundizar el equilibrio entre los derechos de la propiedad privada y libertades económicas, con los fines superiores de garantizar la función social y ecológica de esas libertades, y la capacidad de intervención prudente del Estado en la economía, que se concreta en la potestad legislativa de regularlas y darles atribuciones a los órganos competentes para salvaguardar el bien común (C.C., Sentencia C-333 de 1999), sin que esto impida la libre competencia económica (C.C., Sentencia C-815 de 2001).

Desde su más temprana jurisprudencia la Corte Constitucional se esforzó en delimitar el postulado de la libertad económica, como base para la definición de la libertad de empresa. La libertad económica la definió como la facultad de cualquier persona de realizar actividades económicas, según sus preferencias y habilidades, con miras a incrementar su patrimonio (C.C., Sentencia T-425 de 1992). Sin embargo, más adelante la Corte precisó que la libertad económica de la Constitución de 1991, no se reducía a la fórmula de “dejar hacer y dejar pasar” propia del Estado liberal clásico, sino que incluía la promoción de las condiciones económicas y sociales básicas para el desarrollo de la persona, razón de ser del Estado Social de Derecho (C.C., Sentencia C-040 de 1993).

En Sentencia T-291 de 1994 la Corte señaló que con base en el artículo 333 de la Constitución Política, la protección constitucional a la empresa se extiende a su concepción como unidad viviente, lo que incluye el radio de acción de la libertad económica y la iniciativa privada que se ejerce dentro de esa libertad, en concurrencia con condiciones de igualdad para el acceso y ejercicio de la libre empresa.

Con la Sentencia C-542 de 1995, la Corte Constitucional delimitó con mayor exactitud el concepto de libertad de empresa y su alcance. Delimitó la libertad de empresa a tres elementos: una actividad económica (aspecto organizacional o instrumental), la iniciativa privada y la libre competencia. Afirmó el alto tribunal que esta libertad consistía en una facultad otorgada a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (específicamente de capital) con el fin de desarrollar actividades económicas para la

producción e intercambio de bienes y servicios, con miras a la obtención de un beneficio o ganancia.

La libertad de empresa sostuvo la Corte, desarrolla sus elementos estructurantes en el marco de un modelo de economía de mercado, pero limitados por valores constitucionales superiores. La libertad de empresa no es absoluta, ya que el legislador puede limitar o restringir su alcance cuando al interés social, ambiental y el patrimonio cultural de la nación lo exijan, advirtiendo que la empresa tiene una función social y que la libre competencia supone responsabilidades. El Estado al tener la dirección general de la economía, posee plenas facultades para intervenir en esa actividad, en los casos y para los fines consagrados en el artículo 334 de la Carta. En la Sentencia C-624 de 1998 la Corte reiteró que la libertad de empresa no sólo involucraba la protección de la libre iniciativa económica sino el deber de mantenerla en condiciones de igualdad.

Un elemento central en la línea jurisprudencial sobre la libertad de empresa ha sido el de su limitación a través del intervencionismo del Estado Social de Derecho para hacer valer sus fines. Para la Corte Constitucional en la interpretación de la constitución económica se deben hacer prevalecer los derechos, deberes y principios constitucionales, principalmente los de igualdad y dignidad humana, que guían e irradian todos los ámbitos de su regulación: propiedad privada, libertad de empresa, explotación de recursos, producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios, régimen impositivo, presupuestal y de gasto público (Sentencia C-265 de 1994). La cláusula de Estado Social de Derecho lleva implícito un modelo de intervencionismo económico, que restringe la libertad económica a las exigencias del interés general, del bienestar común y del desarrollo autónomo de la persona (C.C., Sentencia C-040 de 1993).

En este sentido la Corte advirtió que el Estado Social de Derecho no puede inhibirse de llevar a cabo una determinada política tributaria progresista o solidaria, bajo el determinante de la libertad económica. Si los recursos obtenidos mediante impuestos, tasas o contribuciones están destinados a cumplir los fines esenciales del Estado, no puede decirse que se atenta contra la libertad económica, y por el contrario, se crean a través de políticas de esa naturaleza, las condiciones reales para que las decisiones libremente tomadas pueden ser desarrolladas en el marco de una economía de mercado. Aún en ese marco de libre mercado, el Estado tiene la dirección general de la economía y por la misma razón la

facultad de intervenirla para lograr los fines del artículo 334 (C.C., Sentencia C-040 de 1993).

El intervencionismo económico del Estado supone potencialmente la facultad de restringir las libertades económicas con el radical respeto de los derechos civiles y políticos (C.C., Sentencias C-265 de 1994; C-176 de 1996). Adicionalmente la Corte expresa que la libertad económica y de empresa son posibles, siempre y cuando no atenten contra las condiciones de vida sociales, los derechos y deberes constitucionales (C.C., Sentencia T-028 de 1994). Las libertades económicas están sujetas así a la prevalencia del interés general (artículo 1), se pueden limitar por las competencias de intervención y de regulación a cargo del Estado (artículos 333, 334, y 335 de la C.P), y por los principios de razonabilidad y de proporcionalidad desarrollados jurisprudencialmente para garantizar los derechos (C.C., Sentencia C-333 de 1999).

Además son intervenibles por el Estado las actividades que lleven al establecimiento de monopolios, aquellas que se declaren como servicio público, regulación del crédito y las actividades industriales y comerciales públicas (C.C., Sentencia T-425 de 1992).

En todo caso, la Corte ha advertido que los límites de las libertades económicas sólo pueden ser impuestos por la ley, con unas condiciones que evitan la arbitrariedad y la violación del derecho de libertad de empresa (Sentencia SU-157 de 1999), como por ejemplo, el ejercicio indiscriminado del poder de policía (C.C. Sentencia T-425 de 1992), o exigir permisos o requisitos que no estén previa y legalmente establecidos (C.C. Sentencia T-419 de 1992). De suerte que la jurisprudencia ha indicado que el intervencionismo estatal en las actividades económicas sólo es legítimo cuando no afecte el núcleo esencial del derecho; las intervenciones son conducentes en presencia de motivos adecuados y suficientes para la creación, funcionamiento o limitación de las actividades de las empresas (C.C. Sentencias C-624 de 1998; C-333 de 1999). Las limitaciones a las libertades económica y de competencia deben ser serias y razonables, pues si bien son derechos de configuración legal, tienen un ámbito de actuación privada que es infranqueable, so pena de vulnerar sus núcleos esenciales (C.C. Sentencia C-524 de 1995). Los límites del intervencionismo estatal a las libertades económicas y de empresa se encuentran señalados en el artículo 333 C.P. (C.C. Sentencia C-579 de 1999).

En síntesis, la jurisprudencia constitucional, en el ámbito de la responsabilidad empresarial, tiene como punto de enunciación una visión liberal clásica de las libertades económicas, que se morigera con el reconocimiento de que la libertad de empresa tiene límites sociales y ecológicos. En el marco del Estado Social de Derecho esto permite a las autoridades la intervención en la economía para salvaguardar el bien común y el interés general, sin afectar con ello el núcleo esencial de las libertades económicas.

3.2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EMPRESARIAL

Los eventos de violaciones de derechos humanos por parte de personas jurídicas pueden estar relacionados tanto con la responsabilidad contractual como con la denominada responsabilidad civil extra-contractual. Por lo mismo vale la pena hacer un repaso sumario de los conceptos centrales de ambos tipos de responsabilidad.

La responsabilidad civil contractual de las personas jurídicas en Colombia se rige por las normas generales de validez de los contratos, establecidas en el código civil y en el código sustantivo del trabajo en materia de relaciones laborales. Entre los principios de validez contractual se encuentra la capacidad jurídica (art. 1502 CC; art. 29 CST), teniendo presente que las personas colectivas o morales prestan la voluntad a través de sus representantes (personas físicas o naturales) que están investidas de la facultad de contraer obligaciones y ejercer los derechos a favor de los entes colectivos que regentan. La responsabilidad civil de la persona jurídica nace cuando existe un incumplimiento de las obligaciones contraídas en el marco de un contrato, por parte de las personas físicas mediante las cuales actúa, independiente de que ese incumplimiento sea doloso o culposo, por acción o por omisión; si esto ocasiona un perjuicio cierto a la contraparte con la que se encuentra vinculada contractualmente la persona jurídica, hay un deber de indemnización. Es la relación de causalidad entre daño y conducta de los dependientes o subordinados de la persona jurídica, independiente de la jerarquía o poder de representación que ostenten, la que obliga a la indemnización de los daños por incumplimiento del contrato (art. 1738 CC).

La atribución de responsabilidad civil extra-contractual de las personas jurídicas en Colombia ocurre por los daños que causan a terceros las personas que son consideradas dependientes de aquellas, en el marco o no de sus acciones empresariales o societarias.

Este tipo de responsabilidad ha pasado por varias etapas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Castro; Figueredo; Vargas: 2019, 305 y ss).

- **Responsabilidad indirecta de las personas jurídicas**

En el primer momento de esta evolución jurisprudencial, que comienza con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 22 de octubre de 1896¹¹⁴, se reconoció la responsabilidad indirecta de las personas jurídicas (de derecho público y privado). Según esta tesis, las personas jurídicas eran responsables indirectamente de los delitos cometidos por sus agentes o funcionarios a quienes sí les era imputable, una responsabilidad directa por los hechos dañosos que habían ocasionado. Curiosamente la Corte Suprema no basó su argumentación en los artículos 2347 y 2349 del código civil que describen la responsabilidad indirecta de las personas jurídicas, sino en el artículo 2341 de ese estatuto que específicamente trata de la responsabilidad de las personas naturales, que no se circunscribe sólo a los propios daños ocasionados por ellas, sino de aquellos causados por quienes se encuentren a su cargo o sean sus dependientes. O sea, que la responsabilidad indirecta fue regla aplicable a todo tipo de personas.

Como desarrollo de la tesis de la responsabilidad indirecta de las personas jurídicas, la Corte Suprema empezó a relacionar este tipo de responsabilidad con lo que la doctrina reconoce como la culpa *in eligendo e in vigilando*, pues en el caso específico que resolvió mediante sentencia del 20 de octubre de 1898¹¹⁵, afirmó el tribunal que el ente moral es responsable por su negligencia en la vigilancia de sus empleados y por la mala elección que hacía de sus agentes. En adelante, la jurisprudencia de la Corte Suprema se basa en los artículos 2347 y 2349 del código civil para deducir la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas por daños ocasionados por sus dependientes, no sólo por la falta de vigilancia directa e inmediata de sus subordinados, sino por los hechos dañosos que puedan surgir de un deficiente servicio prestado o inadecuada función de estos¹¹⁶.

¹¹⁴ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Negocios Comunes. Sentencia G.J., tomo XI, No. 565. 22 de octubre de 1896.

¹¹⁵ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Negocios Comunes. Sentencia G.J., tomo XVI, No. 685. 20 de octubre de 1898.

¹¹⁶ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Negocios Comunes. Sentencia G.J., tomo XLVIII, No. 1947. 12 de mayo de 1939.

En providencia de 1939, la Corte Suprema explicó las causales de exoneración de la responsabilidad indirecta de las personas jurídicas, con base en el artículo 2349 del CC y adicionales a las causales universales que fracturan el nexo causal (causa extraña o hecho ajeno como fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima). Sostuvo la Corte que el ente moral no era responsable si demostraba su diligencia en el cumplimiento de la vigilancia y elección de sus subalternos, y los hechos impropios cometidos por ellos no podían ser evitados o prevenidos empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente.

Un avance de la Corte Suprema en temas de responsabilidad civil extracontractual frente a personas de derecho público, fue la introducción de la noción de “fallas de servicio”¹¹⁷, según la cual se presume la culpa de la Administración, no por los deberes de vigilar y controlar, sino por el deber primario del Estado de prestar servicios públicos. La exoneración aquí sólo procede por las causales universales de causa extraña o hecho ajeno.

- ***Responsabilidad organicista de las personas jurídicas***

En un segundo momento de la creación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia sobre la responsabilidad civil extra-contractual de las personas jurídicas, en sentencia del 14 de mayo de 1944¹¹⁸, el tribunal desarrolló la teoría organicista, en la cual distingue claramente dos planos de esta responsabilidad: una indirecta, atribuible a las personas subordinadas (del nivel operativo) del ente colectivo, y otra directa, atribuible a las actuaciones de personas del nivel directivo (gerente, directores u otros gestores) con capacidad de representación y para expresar la voluntad de obligar a la persona jurídica, siendo esta responsabilidad moderada y excepcional.

¹¹⁷Por mencionar sólo dos sentencias: Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia G.J., tomo LV No. 1996 del 7 de abril de 1943; y Sentencia G.J., tomo LXXIV No. 2124 y 2125 del 24 de febrero de 1953. Citadas en: Castro; Figueredo; Vargas: 2019, 310.

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Negocios Comunes. Sentencia G.J., tomo LVII, No. 2006-2015. 15 de mayo de 1944.

Cuando las personas naturales que ejercen la dirección de un ente colectivo, manifiestan la voluntad del mismo y causan daños con sus decisiones u omisiones, surge una responsabilidad civil directa. La única forma de exoneración en estas circunstancias donde el daño proviene de uno de sus órganos directivos, es probar causa extraña (caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima); en tratándose de un hecho dañoso originado por un subordinado, la exoneración de la culpa es probando la debida diligencia frente al auxiliar involucrado.

- ***Responsabilidad directa de las personas jurídicas***

Con la sentencia del 30 de junio de 1962¹¹⁹, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas da un giro: se rompe con las tesis precedentes de la responsabilidad indirecta de 1896 y con la organicista de 1944 (Castro; Figueredo; Vargas: 2019, 312). La Corte sostuvo que los jueces aplicaban de manera no sistemática las diferentes tesis de la responsabilidad de las personas jurídicas (indirecta, directa, organicista y fallas del servicio), por lo cual era necesario reducir las ambigüedades de interpretación que se presentaban en la jurisdicción ordinaria.

A partir de 1962 la Corte Suprema opta por interpretar que la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas se determina por lo previsto en el artículo 2341 CC. Sólo hay responsabilidad si la persona jurídica por ella misma configura el daño, y éste, por lo mismo, no se derivada de un hecho específico de alguno de sus agentes, sino del ejercicio de sus funciones o con ocasión de estas, y con independencia del lugar que ocupe en la jerarquía del ente colectivo: "... se comprende que la entidad obra por medio de sus dependientes o empleados, de modo que los actos de estos se entienden como los suyos propios..." (Castro; Figueredo; Vargas: 2019, 313). Visto esto, la responsabilidad surge esencialmente de una falla que se haya producido en las actividades del ente colectivo¹²⁰.

Como corolario, la Corte Suprema de Justicia explicó que el ente colectivo era solidariamente responsable con el agente dependiente productor del daño (art. 2344 CC).

¹¹⁹ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia G.J., tomo XCIX No. 2256 a 2259 del 30 de junio de 1962.

¹²⁰ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia G.J., tomo CLI No. 2392 del 28 de octubre de 1975.

Posteriormente el tribunal estableció que cuando el agente (persona natural dependiente) incurre en un delito o culpa en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, se configura una culpa propia de la persona jurídica, y al tiempo, una vinculación solidaria entre agente autor y ente colectivo que hace que ambos estén obligados a la indemnización integral del daño; con esto no hay un desplazamiento de la responsabilidad hacia la persona jurídica, sino una ampliación de la responsabilidad¹²¹.

El último desarrollo interesante en el tema de responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas que hace la Corte Suprema de Justicia, introdujo en el año 2016, la figura de la culpa *in operando* o culpa organizacional. El alto tribunal entiende a la persona jurídica como una unidad de acción, por lo cual problemas de coordinación o de comunicación interna que provocan fallas en los servicios o prestaciones a su cargo, originan culpa de la organización por infracciones a los deberes objetivos de cuidado y prudencia¹²². La única exoneración posible en esta hipótesis son las causas extrañas.

3.3. LA RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL

La interpretación constitucional sobre la regulación y responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia, y en especial de las empresas, es una cuestión no resuelta.

La Corte Constitucional ha tocado tangencialmente este problema jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a partir de principios generales del derecho punitivo. Un primer elemento para relevar es que para la Corte el límite de configuración del legislador en materia penal, está dado por el principio de estricta legalidad. En aplicación de este principio se declaró la inconstitucionalidad de dos tipos penales por ambigüedad en la descripción de las conductas ilícitas (C.C. Sentencia C-559 de 1999); declaró igualmente inexecutable una norma sancionatoria porque no predeterminó claramente las conductas punibles, las sanciones y los procedimientos para imponerlas (C.C. Sentencia C-843 de 1999). En otro caso, se pronunció contra el artículo 6 de la Ley 422 de 1998 que tipificaba

¹²¹ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia G.J., tomo CCXLVI. Vol 1. No. 2485 del 15 de abril de 1997. Ver en el mismo sentido: Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia 5476 del 15 de octubre de 2015.

¹²² Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia 05001-31-03-003-2005-00174-01 del 30 de septiembre de 2016.

el delito de acceso ilegal o prestación ilegal de telecomunicaciones, pues la Corporación concluyó que la norma era demasiado amplia y equivoca. El mismo razonamiento postuló frente a la definición normativa del delito de receptación que imponía sanción penal a quien comercializara autopartes usadas de vehículos y no demostrara su procedencia; la Corte declaró la inconstitucionalidad de la norma examinada por falta de especificación de las situaciones ilícitas, lo que contravenía para el alto tribunal el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (C.C. Sentencia C-205 de 1999).

En estos pronunciamientos quedó claro que la vulneración del principio de estricta legalidad quiebra el criterio del derecho penal como última *ratio* del poder sancionador del Estado para asegurar el orden social (*ius puniendi*), lo que termina convirtiendo el derecho penal en un simple instrumento de represión social.

En la Sentencia C-121 de 2012 la Corte señaló las características del principio de legalidad: “1) prohibición de la analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); 2) prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*); 3) la prohibición de la retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); 4) la prohibición de delitos y penas indeterminados (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*); 5) el principio de lesividad del acto (*nullum lex poenalis sine iniuria*); 6) el principio de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito (*nullum crimen, sine lege necessitate*); 7) el derecho penal de acto y no de autor” (Citado en Missas: 2017, 76). En esta providencia la Corte afirmó que el espacio de configuración legislativa en materia penal, tiene como límites las directrices trazadas por la política criminal diseñada por el poder ejecutivo, en la cual deben identificarse claramente cuáles son los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal, y cuáles otros deben ser de la órbita del derecho administrativo o del derecho fiscal.

Como directriz general se encuentra el artículo 29 del código penal que cualifica como sujeto activo de la responsabilidad penal a las personas naturales capaces de volición y por ende de culpa. En los tipos penales incluidos en la Ley 599 de 2000 no se encuentran conductas explícitas atribuibles a la delincuencia empresarial, puesto que ha dominado en la episteme penal del país que las conductas ilícitas y la culpabilidad no son transmisibles totalmente a las personas jurídicas, pues en estricto sentido la responsabilidad penal sólo es imputable a personas físicas o naturales; o sea, en el caso de las empresas, la

responsabilidad penal es de los individuos que actúan con capacidad de culpabilidad en los órganos de representación de estos entes colectivos. El problema radica en la individualización de las personas físicas responsables de los delitos, dada la estructura cada vez más compleja de las empresas en la globalización.

Mientras la Corte Constitucional en las sentencias C-599 de 1999 y C-843 de 1999 ha reconocido que las personas jurídicas son sujetos de responsabilidad penal, la doctrina ha descartado esa tesis con dos razones: primero que el código penal vigente no contempla un juicio de tipicidad para las personas jurídicas y por observancia del principio de legalidad, no puede responsabilizárseles. Segundo porque los hechos punibles sólo son imputables a personas naturales vivas (Bernal Cuellar: 2013. Citado en: Missas: 2017, 92)¹²³.

No ostante, cercano a la aproximación de la responsabilidad directa de las personas jurídicas hecha en el campo del derecho civil desde los años sesentas, en el derecho penal se ha abierto espacio a la figura de la delincuencia empresarial. En este sentido, se concibe que las personas jurídicas también son capaces de actuar de forma culpable, en otras palabras, que sus acciones ilícitas pueden ser sancionables pues, como sujeto, el ente colectivo basa su comportamiento en la libertad de acción, y puede escoger entre lo aceptable y lo reprochable jurídicamente. Las actividades empresariales de tipo ilícito se materializan a través de sus órganos de representación que tienen capacidad de culpabilidad.

La Corte Constitucional siguiendo esta tesis, ha entendido que la persona jurídica que actúa a través de sus órganos de representación es culpable cuando no adopta las medidas que exige la ley para su correcto funcionamiento. En esta perspectiva la Corte afirma una responsabilidad penal basada en la culpabilidad y no en la objetividad de un acto. No se puede exponer a un sujeto a una condena por la sola causación material de resultados externos (C.C., Sentencia C-320 de 1998).

¹²³ Algunos estudiosos del tema piensan que en el ordenamiento jurídico penal en Colombia al mantenerse exclusivamente en una responsabilidad individualista o personalista incurre en una clara omisión legislativa respecto a la punición de las conductas delictivas de los entes colectivos o morales (Regina; *et al*: 2014).

En cuanto a las penas por los ilícitos empresariales, la doctrina ha considerado que son sanciones accesorias a las personas físicas que los cometen o propician, teniendo una finalidad disuasoria. Actúan esas penas en concordancia con el dispositivo amplificador del tipo penal del concurso de personas en la conducta punible (arts. 29 y 402 inciso 3 del código penal). Mantener sólo sanciones civiles y administrativas a las personas jurídicas que delinquen, genera impunidad al quebrar los fines preventivo y sancionador del derecho penal frente a la conducta criminal (Missa s: 2017, 91; De Martino y Guerrero: 2018, 77).

Los mayores y actuales casos de crímenes corporativos en el país por corrupción (Odebrecht y Salupcoop EPS) demuestran que las sanciones exclusivamente administrativas son ineficaces para prevenir y evitar la reincidencia en los ilícitos de las personas jurídicas. Las sanciones como la inhabilidad para contratar con el Estado o las sanciones pecuniarias, no tienen la suficiente capacidad para enfrentar los crímenes corporativos, alargando su impunidad y vulnerando el derecho de las víctimas -incluso del mismo Estado afectado- a la reparación integral (De Martino; Guerrero: 2018, 77).

A propósito de lo anterior, la Corte Constitucional estimó que algunas penas como las sanciones pecuniarias, la cancelación del registro mercantil, la suspensión temporal o definitiva de una obra o el cierre definitivo de un establecimiento o instalaciones, son medidas susceptibles de ser impuestas a una persona jurídica, siempre que lo reclame la defensa del interés protegido. Al recaer estas sanciones sobre el factor dinámico de la empresa como es su patrimonio y su actividad, se avienen con la naturaleza jurídica de estos sujetos colectivos y esto no contraría los fines constitucionales mixtos de la pena: prevención general o protección de la comunidad, los principios retributivos que deben ser proporcionales al daño y la resocialización del condenado (C.C., Sentencia C-320 de 1998; Sentencia C-261 de 1996).

Una política criminal que incluya la persecución penal, investigación, imputación, enjuiciamiento y sanción de los crímenes corporativos en Colombia debe satisfacer al menos dos condiciones: penas adecuadas y efectivas de tipo directo conforme a la naturaleza de las personas jurídicas, y penas que contemplen la plena reparación de las víctimas por parte de los entes corporativos culpables. En la primera condición se propone la pena privativa de la autonomía empresarial y en la segunda, la satisfacción de los derechos de las víctimas a la justicia restaurativa, es decir, a la verdad, a la justicia, a la

reparación y a las garantías de no repetición como lo contempló la Corte Constitucional en la Sentencia C-794 de 2014 (De Martino; Guerrero: 2018).

Como un efecto de los resultados de la consulta popular anticorrupción que en agosto de 2018 alcanzó cerca de 12 millones de votos (hundiéndose por unos pocos votos), y para satisfacer una de las obligaciones contraídas por el país con la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, el Gobierno radicó en el Congreso de la República el proyecto de ley 117 de 2018 (Senado). Se pretende complementar la ley 1778 de 2016 (contra el soborno transnacional) y reformar el código penal agregándole un capítulo dedicado a la responsabilidad jurídica de las personas jurídicas. Esta reforma es necesaria porque las sanciones administrativas contra la ilegalidad corporativa son insuficientes, y en algunos casos no hay sanción penal porque no se logra individualizar a una persona natural responsable de los delitos. Pero la reforma planteada es corta porque hace una simple transferencia de la responsabilidad individual a la responsabilidad del ente colectivo; no crea un nuevo sistema de responsabilidades, omite la atribución de culpabilidad de la persona jurídica y permite una interpretación muy laxa para la imposición de las penas.

La verdad, soy bastante escéptico de que el derecho interno alcance en el corto y mediano plazo estándares aceptables de responsabilidad penal para las personas jurídicas involucradas en violaciones a los derechos humanos, y en crímenes contra el interés general. Los avances en esta materia dependerán de un ambiente favorable internacional a la punición de las personas jurídicas por las **v** violaciones de derechos humanos, y esto sólo sucederá cuando las Naciones Unidas apruebe el instrumento jurídico vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos, tal como se contempla en el mandato contenido en la Resolución 26/9 emitida por el Consejo de Derechos Humanos el 14 de julio de 2014.

En el corto plazo, no existen las condiciones políticas y jurídicas necesarias para la punición de los crímenes corporativos, entre ellos, los más graves cometidos en el marco y con ocasión del conflicto armado. Esto quedó demostrado en el actual proceso de justicia transicional firmado a finales del año 2016 entre la desmovilizada guerrilla de las FARC-EP y el gobierno del expresidente Santos.

- ***Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco del conflicto armado***

Aunque estuvo presente en la negociación del acuerdo de paz firmado, la intención de esclarecer y someter ante la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) los crímenes cometidos y auspiciados por actores económicos y por terceros (empresarios, comerciantes y particulares), el régimen político y jurídico hegemónico en el país cerró esa posibilidad, atajando las expectativas de saber las causas, dinámicas y persistencia del conflicto armado que están relacionadas con la financiación de la guerra y con la prosperidad de la economía. Esto alargará la impunidad de los crímenes cometidos por terceros contra los derechos humanos y evitará la reparación integral de las víctimas.

La JEP fue pactada como un tribunal autónomo y preferente para administrar justicia y otorgar beneficios jurídicos a quienes se sometían al sistema integral de verdad, justicia, reparación y no reparación, y den cumplimiento al régimen de condicionalidad acogido para su funcionamiento¹²⁴. El ámbito de la competencia de la JEP definió tres factores concurrentes: (i) Material, limitado a conocer los delitos cometidos por causa, con ocasión y en relación con el conflicto armado, incluyendo los delitos políticos y conexos, las graves violaciones a los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad y de guerra. (ii) Personal, que le otorga competencia a este tribunal de paz para conocer las conductas de tres actores principales: a) miembros de la guerrilla FARC-EP, b) agentes del Estado miembros de la fuerza pública y c) agentes del Estado no miembros de la fuerza pública y de terceros civiles. (iii) Temporal, que indica que la competencia de la JEP es sobre los delitos cometidos en el marco del conflicto armado con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, y sobre las conductas amnistiables cometidas posteriormente a esa fecha (CIJ: 2019, 32).

Para esta monografía interesa el tema de la responsabilidad penal de los “terceros civiles”, donde se encuentran las empresas e inversionistas que cometieron o auspiciaron crímenes contra los derechos humanos en el marco del conflicto armado.

¹²⁴ Ver: Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera del 24 de noviembre de 2016, y Acto Legislativo 01 de 2017, numerales transitorios 5 y 6 del artículo 1.

Un proceso holístico de justicia transicional que pretenda garantizar los derechos de las víctimas debe involucrar a todos los actores que participaron y/o auspiciaron las dinámicas de la guerra, incluyendo a los actores económicos. El Acuerdo Final de Paz (AFP) y la reforma constitucional que creó la JEP (Acto Legislativo 01 de 2017) incluyeron a los agentes económicos como terceros civiles, bajo la competencia de la JEP. Pero en la revisión de constitucionalidad de tal acto legislativo, la Corte Constitucional (Sentencia C-674 de 2017), determinó que los terceros civiles solo acudirían al tribunal especial de paz de forma voluntaria; caso contrario, si no manifestaran dicha voluntad, será la jurisdicción ordinaria la que conocerá de sus conductas criminales (Corte Constitucional: 2019).

En la referida sentencia C-674 de 2017, aclaró la Corte que la comparecencia y sometimiento ante la JEP de los no combatientes (terceros civiles y agentes del Estado que no sean miembros de la fuerza pública) será voluntaria. A partir de ese pronunciamiento se crearon dos escenarios judiciales en los que se determinará la responsabilidad para los terceros civiles, incluyendo a los actores económicos, por los delitos que cometieron en el marco del conflicto armado: i) la justicia ordinaria, como regla general; y ii) la JEP, condicionada a la manifestación voluntaria de acogerse a esta jurisdicción. La limitación impuesta por la Corte Constitucional a la competencia de la JEP para investigar, juzgar y sancionar a los actores económicos que no se sometan voluntariamente a dicha jurisdicción, se explicó con el argumento de una presunta violación de la garantía del juez natural.

Con tal determinación la JEP debió asumir una carga no prevista en su creación:

“... la de generar incentivos para que los terceros civiles –y, por ende, los actores económicos– se sometan a su competencia a cambio de los beneficios punitivos, siempre y cuando cumplan las obligaciones que establece el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR): i) aportar verdad plena; ii) contribuir a la reparación de las víctimas; iii) garantizar la no repetición. Al tiempo que genera estos incentivos, se espera que la JEP cumpla con sus objetivos con respeto al debido proceso y los derechos de las víctimas, y que actúe conforme al marco normativo aplicable, que incluye el aparato normativo de derecho interno que fue diseñado específicamente para ella, el derecho penal colombiano y las normas de derecho internacional pertinentes”. (Michalowski; et al: 2019).

Siempre queda la duda con ese tipo de fallos, hasta dónde existe una verdadera decisión del Estado de enfrentar el crimen corporativo, tan evidente en varios territorios que fueron

escenario de la guerra donde varias empresas acumularon y usufructuaron tierras producto del despojo¹²⁵.

La revisión presentada sobre los escenarios del derecho interno donde eventualmente las víctimas del desarrollo pueden acudir para exigir reparación integral por las violaciones a sus derechos, cometidas por agentes corporativos, deja más incertidumbres que certezas.

Ciertamente las diferentes jurisdicciones analizadas pueden hacer su trabajo conminando a las empresas e inversionistas para indemnizar en tópicos específicos los daños ocasionados por las personas jurídicas, pero es difícil que desde una perspectiva más amplia de justicia restaurativa las víctimas encuentren verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Operan sanciones indemnizatorias, administrativas y civiles por las conductas ilícitas que cometen las empresas, pero éstas se han mostrado ineficaces para disuadir y evitar la reincidencia de las personas jurídicas. Las sanciones impuestas recaen sobre las personas naturales que representan al ente jurídico colectivo, y no apuntan a afectar a la persona jurídica como unidad orgánica o funcional.

A lo que más lejos se ha llegado es, en materia civil extra-contractual, a la responsabilidad organicista que busca a sancionar simultáneamente a los representantes del ente colectivo y al ente colectivo, o al ideal de una responsabilidad organizacional que centra el interés en sancionar a la persona jurídica como ente autónomo. En derecho penal las sanciones sólo existen para las personas naturales asociadas al ente colectivo. Y en derecho administrativo aunque el Estado hace esfuerzos para sancionar con ciertas limitaciones como la inhabilitación para la contratación pública, lo cierto es que el cinismo corporativo se reproduce, y las empresas corruptas o que violan los derechos humanos, siguen apareciendo como proponentes en las nuevas licitaciones y exportando sus ganancias como si nada¹²⁶.

¹²⁵ Por ejemplo, la Fundación Forjando Futuros entregó el 8 de diciembre a la Jurisdicción Especial para la Paz dos informes (“Desplazamiento, abandono forzado y despojo de tierras en Colombia” y “Empresas, desplazamiento y despojo de tierras en Colombia”), en los que se demuestra que 33 empresas en Colombia, entre ellas Argos (Fiducor S.A.) y Bancolombia, obtuvieron concesión de títulos mineros o hipotecas sobre predios despojados a campesinos, víctimas de desplazamiento forzado. Los informes se sustentan en 46 sentencias de jueces de restitución de tierras en las que se prueba el involucramiento de las empresas con prácticas de despojo a las víctimas del conflicto armado. Véase: El Espectador. 8 de diciembre de 2018, Redacción Judicial.

¹²⁶ Buen ejemplo del cinismo corporativo lo mostró Margarita Smith, representante de la multinacional brasilera Odebrech, que dijo en un foro anticorrupción celebrado en octubre de 2018 en Bogotá, que

Capítulo 4

Las víctimas del desarrollo y su acceso a la justicia global corporativa

Se abordará ahora la sustentación teórica de las dos categorías restantes de la investigación: las víctimas del desarrollo y el activismo socio-jurídico cosmopolita. La explicación de ambas categorías permitirá interpretar el estudio de caso sobre el corregimiento del Tabaco que presento en el último capítulo de este trabajo.

Presento dos hipótesis de trabajo relacionadas con cada una de las categorías mencionadas. La primera: con la globalización hegemónica se ha multiplicado a las víctimas del desarrollo que al enfrentarse a poderes transnacionales violadores de sus derechos humanos, que desbordan los márgenes de la justicia estatal e interestatal, son compelidas a dirimir los conflictos en sistemas jurídicos corporativos de tipo *soft law*. El acceso a estos espacios de la justicia global corporativa y las respuestas que se obtienen en estos ámbitos, han demostrado carecer de la potencialidad necesaria para proteger a los derechos humanos y para reparar o restituir la dignidad de las víctimas. La segunda tesis que propongo, es que el activismo socio-jurídico cosmopolita de las víctimas del desarrollo ante los mecanismos de la justicia global corporativa de tipo *soft law*, sólo tiene efectos simbólicos y políticos al no conseguirse la protección a la dignidad de las comunidades afectadas ni una reparación integral. Por lo mismo, continúa siendo más eficaz la acción colectiva cuando busca la responsabilidad jurídica de las empresas con las herramientas disponibles en el derecho interno, aunque con estas sólo se pueda acceder a sanciones administrativas y civiles que no resuelven de fondo el problema de la impunidad frente a las

esta compañía no tenía ningún impedimento para seguir contratando en Colombia, cuando judicialmente está probado que la empresa entregó recursos en dos campañas presidenciales y realizó millonarios sobornos para lograr la adjudicación de importantes contratos de construcción de infraestructura en el país. La Procuraduría presentó al Congreso de la República en agosto de 2018 un proyecto de ley que busca crear un régimen de responsabilidad penal para personas jurídicas, en el que las sanciones vayan más allá de los funcionarios y representantes de las empresas y ataquen directamente las estructuras corporativas corruptas. Para las empresas y sociedades corruptas el proyecto contempla inhabilidad para contratar con el Estado por veinte años, extinción del dominio “expres” y veinte años de inhabilidad para los servidores públicos que acepten los sobornos corporativos; contempla igualmente la caducidad de los contratos estatales cuando se demuestre una falta disciplinaria grave y dolosa, o delitos contra la administración o el patrimonio público.

violaciones de derechos humanos que las involucran. El debate en el plano internacional sobre la responsabilidad jurídica de las corporaciones sigue transitando por las vías del *soft law*, y es incierto aún el proceso que pretende la creación de un tratado vinculante para juzgar a los crímenes de las empresas.

4.1. ¿QUIÉNES SON LAS VÍCTIMAS DEL DESARROLLO?

El concepto de víctima en la teoría jurídica y en la criminología tiene un evidente sentido liberal. Existe víctima cuando ésta ha sido despojada o vulnerada en bienes jurídicos asociados con la libertad, o dicho en otras palabras, cuando se corrobora un menoscabo o daño anti-jurídico a las libertades fundamentales o a los derechos civiles y políticos de alguien (especialmente a la vida e integridad física, a las libertades individuales y la propiedad). Por ese concepto restringido la victimología no tiene aún referencia a una noción de “víctimas del desarrollo”. Tal vacío se comprende además porque a ningún teórico del liberalismo se le habría ocurrido pensar que el desarrollo, categoría axial en la tradición filosófica de la modernidad capitalista, pudiera ocasionar víctimas; pues se supone como evidente que el progreso y crecimiento económico son requisitos *sine qua non* del bienestar individual y social.

Para la tradición liberal adicionalmente los derechos sociales y colectivos son categorías jurídicas sospechosas y difusas que adolecen de la naturaleza de verdaderos derechos (Schmitt: 1992, 171-174; Herreño: 2008, 112), por lo mismo, es impensable que puedan ser considerados como víctimas, los pueblos o comunidades que reclaman por los menoscabos provocados por el Estado o por terceros a sus derechos a la salud, a la vivienda, al territorio, al disfrute del medio ambiente, a los servicios públicos, a la preservación de las identidades y culturas, etc.

Una cuestión importante a la hora de abordar el acceso a la justicia de las víctimas en el marco de esta investigación, es determinar quiénes son las “víctimas del desarrollo”. Aunque el concepto de “víctima” ha tenido una larga evolución desde los años sesentas, permitiendo su estudio incluso el surgimiento de disciplinas como la victimología, no se encuentra un concepto de “víctimas de desarrollo” específico en las tipologías teóricas más abarcales sobre el tema (Rodríguez Mancera: 2002; Beristain: 2000). .

La noción de víctimas del desarrollo no obstante ha cobrado fuerza en el activismo de los movimientos sociales que luchan contra diferentes proyectos como la construcción de infraestructura, agro-industriales, o de exploración y explotación minero-energética que afectan territorios campesinos o étnicos, o que se llevan a cabo en ecosistemas sensibles. Pese a que la noción de “víctimas del desarrollo” cuenta con una importante fuerza semántica y política entre los movimientos sociales, no se ha realizado aún un desarrollo teórico convincente que la posicione como categoría analítica, o que permita pensar con mayor detenimiento y especificidad los significados que tendrían para estas víctimas sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

Las aproximaciones teóricas más cercanas al concepto de víctimas del desarrollo que propongo como categoría, son las de “afectados” o víctimas de crímenes económicos o ambientales, que tienen poca producción teórica.

Para avanzar en una fundamentación de la categoría de las víctimas del desarrollo es preciso relacionarla con procesos económicos y políticos de la globalización hegemónica, que hacen a esta categoría inteligible. Nos referimos por ejemplo a ciertos fenómenos de la “acumulación por desposesión” (Harvey: 2006) que afectan el medio ambiente, las relaciones socio-culturales y los medios de vida en los territorios donde habitan las comunidades afectadas por proyectos de desarrollo.

Las nociones teóricas más cercanas al concepto de víctimas del desarrollo que se encuentran en la bibliografía son las de “afectados”, “despojados” o víctimas de crímenes económicos o ambientales. El jurista Nieto Martín (2012) indica que este tipo de conceptos han tenido poca atención teórica pues en general se les asocia con conductas ilícitas e infracciones al derecho internacional humanitario, o al derecho penal internacional, en cuyos márgenes las responsabilidades jurídicas son exclusivamente individuales, pasándose en consecuencia por alto los crímenes cometidos por actores económicos corporativos que siguen gozando de impunidad en el mundo, en ausencia de un tribunal internacional que los pueda juzgar.

En el llamado documento “cero” dado a conocer en julio de 2018 por el Grupo de Trabajo Intergubernamental encargado por el Consejo de Derechos Humanos para escribir un proyecto de tratado vinculante para las empresas transnacionales y otras empresas en la

esfera de los derechos humanos¹²⁷, aunque no se encuentra una tipificación de los delitos corporativos que debería conocer un futuro tribunal internacional de justicia para estos fines, si se encuentran dos avances significativos: (i) una definición de víctima relacionada directamente con las actividades empresariales y corporativas violadoras de los derechos humanos, y (ii) una mención en el artículo 3 a que el proyecto de tratado vinculante "... se aplicará a todas las violaciones de los derechos humanos ocurridas en el contexto de toda actividad empresarial de carácter transnacional".

La definición que ofrece el documento cero del GTI sobre las víctimas (del desarrollo) es:

Artículo 4. (1) Se entenderá por "víctima" a toda persona que sostiene haber sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos humanos, que comprenden los derechos ambientales, como consecuencia de acciones u omisiones en el contexto de actividades empresariales de carácter transnacional. Cuando corresponda, y de conformidad con el derecho interno, el término "víctima" también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa también y las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.

Lamentablemente aunque en el documento base presentado por Ecuador para la discusión del GIT, titulado "Elementos para el Proyecto de Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante sobre Empresas Transnacionales y otras empresas con respecto a los Derechos Humanos"¹²⁸, se fundamentó en el reconocimiento de los derechos de estas víctimas, para lo cual invocó los principios de Naciones Unidas contra la impunidad de Louis Joinet y en los principios sobre la reparación integral de Theo Van Boven, el documento cero del GTI no recogió este enfoque de la verdad, la justicia, la reparación integral y las garantías de no repetición. En mi criterio, los principios Joinet y Van Boven constituyen estándares del derecho internacional y se encuentran aceptados en la práctica de los Estados.

Se pueden considerar esos principios como costumbre internacional en evolución lógica hacia una positivización posterior (Cantú: 2018, 89). Por lo mismo, deberían ser la base para la creación del tratado vinculante y de un futuro tribunal para las empresas

¹²⁷ Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/wgtranscorp/pages/igwgontnc.aspx>. Traducción oficiosa al español en: <https://www.business-humanrights.org/es/traduccion-de-los-derechos-humanos-las-actividades-de-las-empresas>

¹²⁸ Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs_SP.pdf

transnacionales y otras corporaciones, que restituya la dignidad a las víctimas del desarrollo. Un documento de actual referencia en el derecho internacional en relación con los derechos de las víctimas que establece los estándares de verdad, justicia y reparación es el “Conjunto de principios actualizado para la protección de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” (Doc. ONU E/CN.4/2005/102/Add.1)¹²⁹, conocidos como principios Joinet¹³⁰.

Tales estándares están referidos a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. En este sentido, procuran la protección y restitución de los derechos civiles y políticos de personas y comunidades afectadas por la opresión y la guerra, y aunque las reparaciones integrales contemplan medidas de satisfacción (basadas en los derechos económicos, sociales y culturales).

¹²⁹ Con mayor precisión, el itinerario más reciente en Naciones Unidas para concretar estándares contra la impunidad es el siguiente: en 1985, Louis Joinet presentó a la Subcomisión de Derechos Humanos de la ONU un informe comparado sobre el estudio de las legislaciones de amnistía y su implicación en la defensa de los derechos humanos. Como continuación y seguimiento a esta línea de investigación del experto independiente, la entonces Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, mediante sus resoluciones 110/1991 y 23/1992 le solicitó al experto un estudio más extenso relativo a la impunidad. En 1997, Joinet presentó su informe final sobre la lucha contra la impunidad y la defensa y promoción de los derechos humanos, en el cual entiende la impunidad como la ausencia de la responsabilidad penal por inexistencia de investigación, juzgamiento y sanción de los autores de las violaciones de los derechos humanos (Consejo Económico y Social, Distr. General, E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev.1, 2 de octubre de 1997).

Por otro lado, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías en 1989, por Resolución 1989/13, había encargado un estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales al relator especial, Theo Van Boven (Consejo Económico y Social, Distr. General (E/CN.4/Sub.2/1993/8), 2 de julio de 1993). Con fundamento en este estudio, el relator presentó luego un proyecto de principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (Consejo Económico y Social, Distr. General (E/CN.4/1997/104, anexo), de 16 de enero de 1997).

Sumándose a los esfuerzos anteriores, en virtud de la Resolución 1999/33, la Comisión de Derechos Humanos encargó al experto independiente M. Cherif Bassiouni, un documento sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales. En su informe final a la comisión, el experto, presentó los principios relativos al derecho de las víctimas de interponer recursos y obtener reparaciones (Consejo Económico y Social, Distr. General (E/CN.4/2000/62), 18 de enero de 2000). Finalmente, estos principios han sido implementados y codificados por la Asamblea General, mediante la Resolución A/RES/60/147 del 24 de octubre de 2005, aprobó los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” (Consejo Económico y Social Distr. General, A/RES/60/147, 21 de marzo de 2006).

¹³⁰ Otro documento de expertos para enfrentar la impunidad es: “Los principios de Bruselas contra la impunidad y por la justicia internacional de 2002”. Disponible en: http://www.iccnw.org/documents/BrusselsPrinciples6Nov02_sp.pdf.

Prima facie estos principios no establecen estándares sobre verdad, justicia y reparación para las víctimas del desarrollo, o para las víctimas de crímenes cometidos por empresas multinacionales o inversionistas; tampoco procederían hipotéticamente frente a víctimas que reclaman autodeterminación en sus territorios¹³¹ o reivindican obligaciones extraterritoriales en derechos sociales¹³².

Sin embargo, los estándares Joinet y Van Boven son adaptables y aplicables a las violaciones de derechos humanos ocasionados por las actividades empresariales, que en primera medida afectan a los derechos sociales y colectivos. Así lo concibió el documento base de Ecuador para las discusiones del GTI para un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos, pero el documento cero lo desestimó.

Podría afirmarse, en relación con las víctimas del desarrollo, que el mayor avance frente a los crímenes corporativos se encuentra en los “principios Ruggie”¹³³. Pero en torno a ellos gravitan muchas dudas sobre su real capacidad de disuasión de los victimarios, pues constituyen sólo un conjunto de directrices con carácter voluntario para que las empresas y otros agentes económicos respeten un núcleo básico de derechos humanos.

La mayor diferencia entre los principios Joinet y Ruggie reside en que, mientras que éstos, sólo han logrado pactos voluntarios con las empresas para el respeto de contenidos elementales de los derechos humanos y para conductas de transparencia, los principios Joinet han fijado estándares claros de derechos de las víctimas en materia de verdad, justicia y reparación frente a los victimarios. Los estándares Joinet han sido aceptados e incorporados como mínimos innegociables por los tribunales internacionales de derechos humanos¹³⁴ y son referencias para los tribunales nacionales (Botero; Restrepo: 2006), también claramente han sido recogidos en la legislación nacional, por ejemplo, en la Ley

¹³¹ Un documento que desarrolla este principio es la “Declaración universal de los derechos de los pueblos”, o Carta de Argel del 4 de julio de 1976. Disponible en <http://www.filosofia.org/cod/c1976pue.htm>.

¹³² Véase: Principios de Maastricht sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados en el área de los derechos económicos, sociales y culturales”. Disponible en https://www.fidh.org/IMG/pdf/maastricht-eto-principles-es_web.pdf.

¹³³ Resolución 17/4 del 16 de junio de 2011.

¹³⁴ La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre reparaciones se ha venido apoyando en los estándares internacionales de los derechos de las víctimas, para llegar a una sistematización de las reparaciones que permite clasificarlas en diversas categorías, con estrechas conexiones internas entre ellas: garantía actual y futura, devolución, reposición, sustitución, indemnización, satisfacción, anulación y prevención (García Ramírez: 2005).

975 de 2004 y en la Ley 1448 de 2010. Tanto los estándares Joinet y como Van Boven deben ser base para la definición de los derechos de las víctimas del desarrollo.

Con buen criterio estos estándares internacionales fueron recogidos en el documento “Elementos para el Proyecto de Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante sobre Empresas Transnacionales y otras empresas con respecto a los Derechos Humanos”¹³⁵, base para la discusión de un tratado vinculante para las empresas en relación con los derechos humanos, que fue elaborado por Ecuador, como presidencia del Grupo Intergubernamental de Trabajo que tiene esa misión; tal documento sirvió de base al “borrador cero” del tratado vinculante, dado a conocer en julio de 2018 por el Grupo de Trabajo Intergubernamental.

4.2. ACCESO A LA JUSTICIA GLOBAL COPROPRATIVA

El acceso a la justicia ha sido un eje de las reformas de la administración de justicia en América Latina en las últimas décadas. En la persecución de esa meta se han introducido importantes cambios institucionales como un sistema de defensoría pública más profesional e independiente, y diversos mecanismos alternativos de solución de conflictos y otras estrategias para acercar el servicio de justicia a los ciudadanos.

Los desarrollos recientes en torno del acceso a la justicia no sólo se han fijado en su dimensión institucional sino fundamentalmente en su carácter como derecho. En cuanto derecho, el acceso a la justicia implica según las voces de la Convención Americana de Derechos Humanos que toda persona pueda acudir a un recurso sencillo, rápido y efectivo para que los jueces o tribunales la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales (art. 25). En el artículo 8 del mismo instrumento, se indica que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial.

135 Disponible en:
https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs_SP.pdf

El contenido del acceso a la justicia se ha venido ampliando. Inicialmente se entendió que aquel era un problema relacionado con las barreras y oportunidades para usar el sistema formal de justicia, es decir, acceder a la justicia significaba tener las condiciones legales, económicas y materiales para resolver ante los jueces o la administración determinado conflicto o una reivindicación de derechos (Fundación Debido Proceso Legal; *et al.*: 2008); posteriormente, se resaltó que el simple uso institucional de la justicia no era suficiente si a través de él no se garantizaban las libertades y los derechos sociales de los ciudadanos.

El acceso a la justicia es concebido como una especie de “derecho bisagra” en cuanto asegura la efectividad tanto a los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales al abrir posibilidades de reclamo por su incumplimiento. Por medio de su ejercicio se le da contenido material a la igualdad formal y al principio de no discriminación.

El concepto de acceso se fue complejizando al entender la doctrina y la jurisprudencia que no se limita al simple uso de los servicios del sistema judicial, si no que supone que las personas contarán con un trámite efectivo y garantista de sus solicitudes, obteniendo una decisión de fondo en torno a ellas, o frente a los derechos en disputa. El acceso a la justicia se cualificó pasando a ser comprendido más allá de la oportunidad de presentar reclamaciones, para poner el énfasis en el derecho conexo a contar con una decisión a tiempo, completa, eficaz e imparcial, conforme a las reglas del debido proceso (PNUD: 2005).

Un elemento esencial del acceso a la justicia entonces es contar con una decisión efectiva. Es decir, no basta con que la persona pueda usar recursos eficaces para defender sus derechos e intereses, sino que el acceso a la justicia implica obtener un fallo que resuelva sus pretensiones y simultáneamente se ejecute de manera integral.

La discusión sobre el acceso a la justicia introdujo también el tema de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Hoy se acepta que la resolución de fondo y efectiva de los conflictos, o el reconocimiento de derechos, puede ocurrir tanto por mecanismos de justicia formal (cortes en sus diversos niveles) como por mecanismos informales (conciliación, mediación, arbitraje, etc.).

A partir de las ideas expuestas, para nosotros el acceso a la justicia se entenderá en los siguientes términos: posibilidad efectiva de usar los mecanismos formales e informales para solucionar a tiempo y con la garantía del debido proceso conflictos y/o garantizar derechos individuales y/o colectivos a nivel nacional, internacional y/o global de manera eficaz, con la prevalencia de los estándares de derechos humanos frente a cualquier otra norma.

Esta definición incluye tres momentos del acceso a la justicia: el antes, el durante y el después del trámite de una causa judicial o extrajudicial. Siguiendo un esquema propuesto por el profesor Germán Burgos (2011)¹³⁶, para el análisis del funcionamiento de cualquier aparato de justicia existe un conjunto de variables que constituyen simultáneamente oportunidades y/o obstáculos para el acceso en cada uno de momentos o fases indicadas.

La primera fase corresponde a las condiciones previas que posibilitan o impiden el uso de determinado mecanismo o instancia de justiciabilidad:

Cuadro 11. Fase de pre-acceso

| Condiciones para el acceso | Obstáculos para el acceso |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • Reconocimiento legal de un derecho o deber y de vías para tramitarlo formal o informalmente. • Conciencia de un derecho y de las vías para defenderlo. • Justicia no costosa. • Acceso a asistencia legal. • Confianza en los sistemas de justicia. • Idioma del sistema accesible. • Bajo nivel de formalismo. • Cercanía física. • No discriminación. | <ul style="list-style-type: none"> • Ausencia de conciencia jurídica. • No existencia de vías institucionales para defenderlo. • No asistencia legal o de baja calidad. • Costo alto de los mecanismos. • Lejanía de las oficinas judiciales. • Desconfianza. • Formalismo jurídico. • Idioma inaccesible o difícil. • Discriminación. |

Fuente: Con base en Burgos: 2011.

La fase dos corresponde al trámite propiamente dicho del conflicto luego de haber sido admitido por la instancia de que se trate. Las variables a considerar son:

¹³⁶ Este esquema de las etapas del acceso a la justicia del profesor Germán Burgos, sin publicar, fue propuesto en desarrollo del Proyecto Transformaciones Globales del Derecho Internacional auspiciado por el Programa Fortalecimiento del Estado de Derecho (Fortalesder) de GTZ, en el año 2010, y aplicado por el Instituto Latinoamericano para una Sociedad y Derecho Alternativos para el análisis de diversas instancias de la justicia global, parte de los resultados de esta investigación se encuentra en la Revista El Otro Derecho No. 43 (ILSA:2011)

Cuadro 12. Fase del trámite

| Condiciones para el acceso | Obstáculos para el acceso |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none">• Eficiencia y eficacia<ul style="list-style-type: none">• No formalismo• Debido proceso• Asistencia legal• Imparcialidad<ul style="list-style-type: none">• Pluralidad• Acceso a recursos respecto de la decisión | <ul style="list-style-type: none">• Ineficiencia e ineficacia<ul style="list-style-type: none">• Formalismo• No garantías• Inasistencia legal.<ul style="list-style-type: none">• Corrupción• Discriminación o parcialidad• No acceso a recursos en contra de las decisiones. |

Fuente: Con base en Burgos: 2011.

Finalmente, en la fase tres, el acceso a la justicia se garantiza plenamente si la decisión adoptada se cumple y se respeta por los actores:

Cuadro 13. Fase de cumplimiento

| Condiciones para el acceso | Obstáculos para el acceso |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none">• Resolución a tiempo.• Decisión que respete derechos.• Decisión que resuelva el fondo.• Cumplimiento de la decisión. | <ul style="list-style-type: none">• Resolución tardía.• Decisión no respetuosa de los derechos.<ul style="list-style-type: none">• Resolución no de fondo.• Decisión no cumplida total o parcialmente. |

Fuente: Con base en Burgos: 2011.

A partir de las variables de acceso a la justicia identificadas, buscaremos establecer hasta qué punto algunas de las oportunidades de acceso se cumplen en los mecanismos de la justicia global corporativa. El derecho de acceso a la justicia a los mecanismos corporativos que rinden cuentas y solucionan problemas de violaciones a los derechos humanos, no está garantizado. Son escasos los trabajos que evalúan el comportamiento e idoneidad de estos mecanismos para amparar los derechos de las víctimas del desarrollo, que acuden a ellos cada vez con más frecuencia.

4.3. EL ACTIVISMO SOCIO-JURÍDICO COSMOPOLITA DE LAS VÍCTIMAS DEL DESARROLLO

La irrupción del movimiento social alter-mundialista en la “esfera pública cosmopolita” expresa al menos tres tendencias del activismo de izquierda de finales del siglo XX:

a) la generalización de una crítica, cada vez mejor fundada, a la actual globalización capitalista y a sus efectos sociales, culturales y políticos; b) la percepción, sobre todo en América Latina, de que las resistencias se empiezan a organizar política y programáticamente (...); y c), el surgimiento de un sujeto político internacional socialmente heterogéneo, políticamente plural y de marcadas diferencias culturales que, sorprendentemente, pareciera tender a una convergencia más allá de los viejos dilemas entre universalismo y particularismo (Monereo: 2005, 185) .

Este sujeto político cosmopolita compuesto de redes de movimientos sociales y organizaciones no gubernamentales (ONG) actuó y actúa en diversos terrenos de debate sobre la globalización, entre los que se destacan: i) el de la reforma de las Naciones Unidas¹³⁷, (ii) el de la democracia económica y reforma de las instituciones comerciales y financieras internacionales¹³⁸, (iii) el de la justicia internacional¹³⁹ y (iv) el de la justicia ambiental¹⁴⁰.

Así como las dinámicas de la acumulación del capital han integrado a las fuerzas del mercado en el espacio y en el tiempo¹⁴¹ a escala mundial, las luchas sociales se han

¹³⁷ En este campo se destacan las iniciativas: International Network For a UN Second Assembly (INFUSA, Red internacional para una segunda asamblea de las Naciones Unidas, 1985); Campaign For a More Democratic United Nations (CAMDUN, Campaña para unas Naciones Unidas más democráticas, 1989); Campaign for UN Reform (Campaña para la reforma de las Naciones Unidas, 1992); World Federalist Movement (Movimiento Federalista Mundial por una Asamblea parlamentaria de las Naciones Unidas, 1992); Charter 99 (Carta 99); Global Governance Reform Project (proyecto de reforma de las gobernabilidad global de Toda Institute for Global Peace and Policy Research, con sede en Tokyo y Hawaii).

¹³⁸ Se destacan las redes y campañas internacionales: Halifax Initiative (la Iniciativa Halifax) con la propuesta del impuesto sobre las transacciones de divisas, con el apoyo de ATTAC (Tobin Tax Initiative) y Waron Want; el Proyecto Bretton Woods; la Campaña 50 years is enough (50 años es suficiente); World Economy, Ecology and Development (WEED, Economía, ecología y desarrollo mundiales); Jubilee Framework; Oxfam con las campañas “Institutional Reform of the WTO” (Reforma institucional de la OMC, 2002) y la del comercio justo.

¹³⁹ Son importantes las iniciativas de la Coalition for the International Criminal Court (Coalición para el Tribunal Penal Internacional) y la de Amnistía Internacional que lidera una importante campaña contra la impunidad.

¹⁴⁰ Algunas iniciativas son: Amigos de la Tierra, Greenpeace y el Fondo Mundial por la Naturaleza.

¹⁴¹ Buena parte de los estudios del fenómeno de la globalización interpretan que en esta etapa de fuerte integración del capitalismo mundial, se reestructura la distribución de los territorios y del poblamiento mundial (Castells: 1997; Harvey: 2006). Los actores económicos de la globalización

configurado también como un “contrapoder global” (Ramonet: 2001) o una “mundialización de las resistencias” (Amín; Houtart: 2003).

La globalización económica es percibida por los movimientos sociales como antagónica del “desarrollo sostenible”¹⁴² y aliada al neoliberalismo. Adicionalmente provoca un creciente descontento al interpretarse que el mercado al ser llevado a la categoría de un absoluto, rompe las condiciones más elementales de las que depende el bienestar de los seres humanos y profundiza las estructuras de la dependencia y la pobreza de los países periféricos. Ambos factores, conflicto y descontento, son el origen del movimiento antiglobalización o alter-mundialista (Bratos: 2009, 70). Con un enfoque cercano, algunos plantean el surgimiento de una opinión pública internacional crítica desde la década de 1980, representada por una sociedad civil global –ONG, movimientos sociales y organizaciones de activismo de derechos humanos- cuyo foco ha sido la presión política contra las instituciones de la gobernanza neoliberal y contra los impactos negativos sociales y ambientales de las empresas transnacionales (incluyendo las salidas de la responsabilidad social empresarial) (Albareda: 2009).

Una de las particularidades del movimiento antiglobalización es que sus reivindicaciones no se dirigen en primera instancia a organismos políticos, sino a organismos económicos globales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI), la OMC y el Foro Económico Mundial. Quizá por ello es que entre las protestas más notorias protagonizadas por este movimiento se encuentran, precisamente, la revueltas de Seattle en diciembre de 1999 contra la OMC, las jornadas de Davos (2000), las protestas en Quebec (2001) durante la III Cumbre de las Américas y, luego las protestas contra las guerras de ocupación a

operan en una red global de interacción que trasciende las fronteras nacionales y geográficas, imponiendo su supremacía a partir del control del espacio y del tiempo. Pero de manera paralela, las fuerzas sociales de la contra hegemonía global se han organizado siguiendo el flujo del capital, articulándose en redes, y ocupando el territorio virtual (internet) como forma de contrarrestar la superioridad del capital para controlar el espacio.

Entre las estrategias de las fuerzas altermundialistas para derribar las barreras espaciales se encuentran la coordinación de acciones políticas como los llamados “días de acción global”, en que los movimientos sociales de diferentes países, simultánea y solidariamente, articulan las luchas locales con una perspectiva global, por ejemplo, el apoyo a una causa. La otra forma particular de controlar el espacio, es la confluencia de movimientos sociales en un determinado lugar para manifestarse, o con el fin de articular alianzas como en el Foro Social Mundial.

¹⁴² Concepto que aunque polémico hoy, movilizó a cientos de organizaciones de la sociedad civil a finales del siglo pasado para hacer una crítica al modelo de desarrollo hegemónico y a la estructura de la economía mundial, movimiento que tuvo su máxima expresión en la Cumbre de la Tierra de las Naciones Unidas (Río de Janeiro, 2002).

Afganistán e Irak, consideradas finalmente como guerras neo-imperialistas por el control de las recursos petroleros.

Dentro de este espectro amplio de las luchas actuales nos interesa resaltar aquellas que han tomado el derecho o el activismo jurídico como elemento central de sus resistencias.

Con la bibliografía consultada hemos constatado que existe un sujeto colectivo que actúa en el campo del derecho global, activando los mecanismos de acceso a la justicia disponibles en el amplio espectro del pluralismo jurídico internacional, para debatir situaciones de violación a los derechos humanos de poblaciones por causa de proyectos de desarrollo.

Este sujeto colectivo se compone por miembros de movimientos sociales y organizaciones gubernamentales locales, nacionales e internacionales, que conforman redes articuladas alrededor de causas emblemáticas de derechos humanos, medioambiente, de género y étnico-territoriales principalmente. Se ubica primordialmente en países del Sur global pero posee capacidades suficientes para realizar alianzas con organizaciones expertas en derechos humanos y litigio internacional, por lo regular con sede en el Norte y con amplia presencia en los lugares donde tienen sede las instituciones ante las cuales se pueden denunciar los casos, por ejemplo, se encuentran en las sedes de Naciones Unidas (Ginebra, Washington, San José), del Banco Mundial, de la OMC, de la OCDE o en Estrasburgo donde hacen procesos de lobby ante el Parlamento Europeo.

Tales alianzas facilitan la movilización de complejos recursos humanos, económicos, políticos y jurídicos que inmediatamente no están al alcance de las víctimas de los proyectos de desarrollo, ni son fáciles de conseguir en los territorios donde ocurren las violaciones a los derechos humanos.

El activismo de los movimientos sociales a nivel internacional ha venido creciendo en las dos últimas décadas y ha sido favorecido por agencias de cooperación progresistas del Norte global, que han creado las condiciones para que diversas experiencias de lucha por los derechos humanos, por la defensa de los recursos naturales y de los territorios puedan encontrarse e intercambiar, concertando agendas de movilización para enfrentar a las políticas y los actores de la globalización hegemónica, siendo el Foro Social Mundial el

espacio más importante en este sentido (Palacio: 2011). A este fin ha contribuido de manera significativa el internet y los espacios virtuales de redes sociales críticas. Estas manifestaciones de intercambio político y de solidaridad en la globalización son las que la sociología ha calificado como la ciudadanía altermundialista o el cosmopolitismo de las resistencias.

El concepto de sociedad civil es ambiguo: incluye tanto organizaciones sociales ligadas al mercado (con fines de lucro) como a las organizaciones naturales de la comunidad (sin fines de lucro) (De Sousa Santos: 2003, 135). La sociedad civil genéricamente expresa un “complejo autónomo de estructuras político-sociales que intermedian las acciones de los individuos o los grupos con formas organizadas e institucionalizadas del poder” (Wolkmer, 2003: 136), y que juegan dialécticamente a favor o en contra del *statu quo*. Cuando aludimos a organizaciones de la sociedad civil estamos refiriéndonos al conjunto de organizaciones populares (comunitarias, sindicales, sectoriales y no gubernamentales) que encarnan procesos de oposición o resistencia al modelo hegemónico de la globalización. Constituyen activos movimientos sociales locales, nacionales y supranacionales que buscan incidir con sus luchas en transformaciones de diversa índole que preserven a las poblaciones y a los ecosistemas de los graves impactos de los procesos de la globalización económica, y democratizar los espacios mundiales donde se toman decisiones que afectan a todos los países y sociedades.

Ese sujeto colectivo que articula a las víctimas del desarrollo y a las organizaciones de la sociedad civil expertas en cabildeo o litigio internacional, es el actor principal de lo que denomino el activismo socio-jurídico cosmopolita.

Existen tres ámbitos ante los cuales acuden las organizaciones de la sociedad civil para denunciar y reclamar justicia frente a violaciones a los derechos humanos, en ausencia de efectividad de los procedimientos regulares de administración de justicia previstos por el derecho nacional o por el derecho internacional:

-Recurren a los mecanismos no convencionales y especiales de los sistemas de protección de los derechos humanos que permiten la presentación de quejas y/o informes (alternos) a los órganos de monitoreo de los tratados y la documentación de casos para los relatores/as y grupos de trabajo que se encargan de investigar y emitir recomendaciones sobre algún

derecho o tema particular referido a los derechos humanos. En general estos mecanismos poseen el carácter de no contenciosos ni sancionatorios para los Estados comprometidos con violaciones a los derechos humanos.

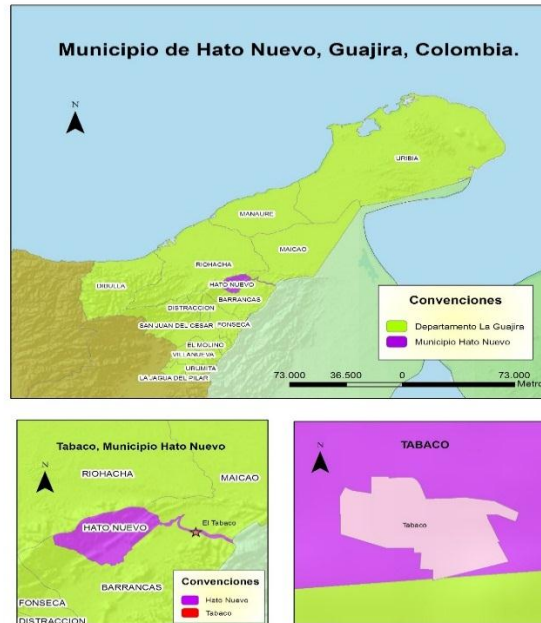
-Recurren a mecanismos sociales y políticos autónomos para denunciar y ‘enjuiciar’ a los responsables de violaciones a los derechos humanos, como son los tribunales éticos o de opinión tipo Tribunal Permanente de los Pueblos.

-Activan los mecanismos institucionales creados por diferentes instituciones privadas y organizaciones multilaterales para solucionar problemas de derechos humanos ocasionados en virtud de sus actividades o políticas de desarrollo, tipo paneles de inspección de las IFIS o los Puntos Nacionales de Contacto de la OCDE.

Lo que tienen en común esos espacios o instrumentos sociales e institucionales que se han mencionado, es que en todos ellos las organizaciones de la sociedad civil han podido denunciar y reclamar solución a diferentes situaciones de violaciones a los derechos humanos no tramitadas o tramitadas de manera insatisfactoria por las instancias nacionales o internacionales de administración de justicia.

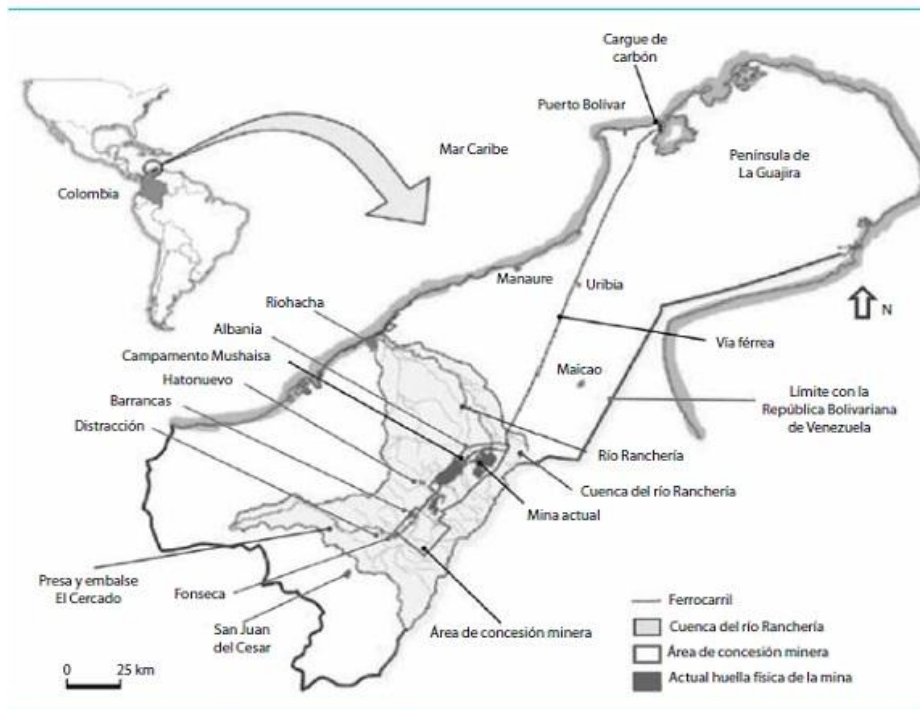
Sin embargo, esta posibilidad de encontrar un foro internacional “alternativo” (social o institucional) para debatir conflictos de derechos humanos en el contexto de la globalización, no significa necesariamente que las víctimas encuentren un verdadero acceso a la justicia, que concrete sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. Los mecanismos institucionales del pluralismo jurídico conservador, que yo denomino justicia global corporativa, en su mayor parte carecen de efectividad al no ser jurisdiccionales, al depender de arreglos de buena voluntad y al emitir sólo sanciones morales (“llamados públicos a la vergüenza”) para los Estados, o a las corporaciones responsables de violaciones a los derechos humanos, decisiones que obviamente no alcanzan a revertir ni a reparar los daños que deja tras de sí el modelo de acumulación por desposesión.

Gráfica 3. Mapas sobre el corregimiento del Tabaco (Municipio de Hatónuevo, departamento de la Guajira)



Fuente: elaboración Francy Cárdenas Ferrucho. Enero de 2014.

MAPA 1. CERREJÓN EN LA GUAJIRA



Fuente: resumen del Proyecto de Expansión Iivo'uyaa para grupos de interés.

Fuente: Tomado de Múnera, Liliana; et al.: 2014, 48.

Capítulo 5

Análisis socio-jurídico del caso “El Tabaco”

Este capítulo presenta un análisis socio-jurídico del caso de estudio sobre el desalojo forzado de la comunidad afrodescendiente del Tabaco, en el municipio de Hatonuevo (departamento de la Guajira). Este caso condensa los conflictos socio-territoriales que genera el modelo de acumulación por despojo (Harvey: 2006) en esta etapa del capitalismo global, y la manera cómo se están tramitando y resolviendo las violaciones a los derechos humanos de las víctimas de desarrollo, por las rutas de la justicia global corporativa que han trazado las instituciones de la gobernanza neoliberal, en particular, para este caso, la OCDE (Herreño: 2015).

El enfoque analítico servirá para comprender la manera como fueron tramitadas las reclamaciones de la gente del Tabaco ante la instancia de resolución de conflictos de la OCDE, y permitirá revisar la idoneidad y el alcance de las soluciones obtenidas allí para la protección de los derechos humanos de estas víctimas del desarrollo.

Mi objetivo será demostrar que el activismo socio-jurídico cosmopolita que lleva a las víctimas del desarrollo a reclamar sus derechos en los espacios del *soft law* propios de la justicia global corporativa, tiene sólo efectos simbólicos y políticos más que la facultad de proteger la dignidad de las víctimas. Por lo cual concluiré que resulta más eficaz dirigir la acción colectiva hacia las posibilidades de protección jurídica de los derechos humanos (en el plano interno e internacional), pensando la estrategia jurídica en el marco de una lucha social emancipatoria más amplia desde lo local, que no sea fácilmente cooptada y debilitada por los disciplinamientos que imponen los poderes hegemónicos. El debate en el plano internacional sobre la responsabilidad jurídica de las corporaciones es incierto pues sigue transitando por las vías del *soft law*, mientras que avanza con muchas tensiones el proceso que pretende la creación de un tratado vinculante para juzgar a los crímenes de las empresas.

Teniendo como fondo las consideraciones anteriores, en este capítulo me dedicaré al estudio del caso sobre el Corregimiento El Tabaco. Primero haré una descripción breve de

la historia El Tabaco y de la evolución del proyecto carbonífero del Cerrejón; luego me referiré a las circunstancias que condujeron a la privatización del Cerrejón en beneficio de poderosas empresas multinacionales. En tercer lugar abordaré los artilugios jurídicos utilizados por las multinacionales para lograr el desalojo de la comunidad afrodescendiente del Tabaco, y por último, analizaré el proceso de resistencia social y jurídica de la gente del Tabaco, haciendo énfasis en el trámite que tuvo el caso en la instancia de resolución de controversias de la OCDE.

5.1. HISTORIA Y ANCESTRALIDAD EN EL TABACO

El investigador Wilches-Chaux (2011, 43) recuerda que:

El pueblo del Tabaco fue fundado en 1780 por un grupo de negros africanos que sobrevivieron al naufragio del galeón español que los trajo a América para venderlos como esclavos. Una vez libres, se asentaron sobre la rивera del río Ranchería, en donde se dedicaron a la agricultura y a la cría de ganado”.

Al finalizar la Guerra de los Mil Días se asentaron en el pueblo varias familias lideradas por la señora Carmen Riveira –conocida como “La Vieja Carmita”– y su compañero sentimental Aquilio Carrillo, quienes en una de sus cacerías fueron los primeros en llegar a unas tierras cercanas a la Sierra de Caurina, habitadas por indígenas Wayúu, provenientes de la Ranchería Paradero, cercana a la población de Los Remedios.

Es decir, que en ese entonces la mayoría de los habitantes del poblado eran afrodescendientes y en menor proporción indígenas.

Posteriormente se asentaron allí las familias de Miguel Pinto y Martina Ustate, Javier Pérez y Concepción Pinto, Salustiano Arregocés y Josefa Carrillo, Simón Carrillo y la “Negra” Cerchar, Salomón Díaz y Matilde Arregocés. Al principio el pueblo se conoció como “Brunibella”, nombre que le daban los indígenas, pero posteriormente se cambió por TABACO, posiblemente debido a la presencia de ese cultivo en las inmediaciones.

El cementerio se construyó en donde estuvo ubicada una ranchería que los indígenas llamaban “Cataca”.

Posteriormente terratenientes de Barrancas establecieron fincas ganaderas, en donde trabajaban algunos de los tabaqueros.

La población siempre se caracterizó por su aferrada militancia en el partido conservador y la aguerrida defensa de sus intereses comunitarios, motivos que condujeron a que los demás guajiros los catalogaran como “Joscós”, palabra que describía su bravura.

Muchos tabaqueros se reconocen hoy, a sí mismos, como “Joscós”, lo cual es un indicador de las diferencias étnicas y culturales que existen entre ellos y otras comunidades de la zona, y que en varios momentos del proceso que nos ocupa, se han manifestado en discriminación por parte de sus vecinos y a veces en auto-discriminación por parte de los mismos tabaqueros.

Hace aproximadamente 40 años, Tabaco estaba conformado por 14 casas y posteriormente la población llegó a tener 500 habitantes. La escuela comenzó a funcionar en el año 1968 con aproximadamente 25 alumnos matriculados. Antes de desaparecer el pueblo, había aproximadamente 50 estudiantes entre preescolar y primaria.

La mayoría de los habitantes se dedicaban a la cría de cerdos, ganado vacuno, cultivo de yuca, maíz, guineo y frutas, actividades desarrolladas en tierras individuales o colectivas de su propiedad o que poseían de hecho.

En los años 90, con los primeros ingresos de regalías, el municipio de Barrancas al cual pertenecía el corregimiento⁴ de Tabaco, construyó las redes eléctricas y mejoró el sistema de abastecimiento de agua.

Al momento del desalojo, el pueblo contaba con el siguiente equipamiento: iglesia, inspección de policía, escuela rural, puesto de salud, cementerio, parque infantil, caseta de bomba de agua, cancha de fútbol, dos tanques de almacenamiento de agua, sistema de energía eléctrica, plaza, calles y vías de acceso.

El pueblo –y con él el Corregimiento de Tabaco– dejó de existir definitivamente el 28 de enero de 2002.

Además de lo descrito, el origen de estas comunidades negras de la Guajira está vinculado con los procesos de cimarronaje que se dieron en esta región. En el siglo XVI las rebeliones de esclavizados africanos permitieron la conformación de palenques en la Guajira, en zonas como Camarones, Moreneros, Dibulla y Cascajalito, territorios donde huyeron los cimarrones para escapar del dominio de los curas capuchinos y de las instituciones coloniales (Ramírez; *et. al.*: 2015, 40).

De acuerdo con el Colectivo de Abogados y la Comunidad del Tabaco:

El modelo predominante de la familia de aquella población era una familia extensa, matrilineal: que significa una mujer, sus hijos y los esposos de sus hijos con sus niños, donde el eje social y económico del hogar era la mujer, que cumplía las funciones de cuidado y educación de los hijos. Sus casas de habitación eran construidas según sus usos y costumbres de tal manera que no eran de tipo urbano. La vida en El Tabaco se desarrollaba pacífica y tranquilamente dentro de las posibilidades de la vida rural, propios de una relación hombre-medio ambiente, con una alta influencia del Arroyo Tabaco, lugar de recreación, meditación y también fuente proveedora de agua y alimentos.

Tabaco fue una comunidad compuesta por cerca de 280 familias, que en la actualidad, se encuentran en situación de desplazamiento (CAJAR; Comunidad del Tabaco: 2010).

En la ficha de sistematización del caso que se utiliza como insumo central de este capítulo, aplicada por el Colectivo de Abogados en diversos talleres con las comunidades guajiras

en los años 2009-2010, especialmente con la Comunidad del Tabaco¹⁴³, se identifican como afectadas además del Tabaco, a las siguientes poblaciones:

Los Wayuú son uno de los grupos indígenas más numerosos de Colombia. En un reciente censo realizado en 1995, Intercor totalizó la población del departamento de la Guajira en 350.895 habitantes y de esta la población indígena es de 143.663 (42.3%). Aunque hay otros grupos indígenas viviendo en la Guajira, los Wayuú son el más numeroso (96%). Hasta hace poco, los Wayuú fueron la mayoría visible en la península, la afluencia de trabajadores mestizos de otras partes del país, contratados para trabajar en la mina, ha cambiado la cara de esta realidad¹⁴⁴.

El pueblo Wayúu habita la península de la Guajira, al norte de la república de Colombia, América del Sur, su presencia histórica data hace más de 3.000 años. Hasta el momento el gobierno ha reconocido jurídicamente la propiedad territorial en 1.500.000 hectáreas aproximadamente; pero, las tierras realmente ocupadas son más que estas señaladas, continuando con las luchas para más recuperaciones respecto a otras consideradas esenciales. La población actual corresponde a 150.000 Wayúu en Colombia como en Venezuela.

En el departamento de la Guajira, existen otras etnias no indígenas, como es el caso de las comunidades afro colombianas, las cuales tienen asentamiento en diversos lugares de la geografía peninsular, y se concentran especialmente en la zona minera del Cerrejón y en el sur del departamento de la Guajira. Aún no hay una cifra oficial de los habitantes de estas comunidades, pero se estima en más de 80.000 miembros. Estas comunidades también afectadas por la explotación minera, ya se encuentran en condición de desplazados¹⁴⁵ (...)

¹⁴³ Ficha elaborada por la abogada de la Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, Ana Cecilia Betancour, y por Angel Libardo Herreño Hernández. Se aplicó con los actores sociales del Tabaco en una primera fase a finales de 2009, por parte de las investigadoras del Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” (CAJAR), Nury Martínez y Dora Lucy Arias, quienes sistematizaron la información recogida en el año 2010.

La sistematización aprovechó importante información aportada por el abogado Armando Pérez Araujo, defensor de derechos humanos e investigador de temas relativos a los impactos de la minería multinacional. Véase <http://rutajuridica.blogspot.com/2010>

Igualmente, decisivos fueron los aportes del auto-diagnóstico elaborado por las comunidades del Tabaco y por las comunidades de otros corregimientos afectados por El Cerrejón como: la comunidad indígena wayúu de Tamaquitos, Comunidad de Roche, Comunidad de Chancleta, Comunidad de Patilla, Comunidad de Los Remedios y Comunidades de Manantial y Oreganal, entre otras

Lo mismo se deben destacar los aportes hechos por el dirigente afrocolombiano del Tabaco, José Julio Pérez, quien ha liderado buena parte de la resistencia social y de la reclamación de reparaciones para las víctimas del desalojo.

¹⁴⁴ Dover, Robert (University of Alberta); Rincón, Marta (CENSAT Agua Viva); Zapach, Marla (University of Alberta). 1997. Estudio sobre el impacto sociocultural en los indígenas en la zona minera sur de la Guajira (Citado, CAJAR: 2010).

¹⁴⁵ Del informe elaborado por Remedios Fajardo Gómez (Dirigente indígena Wayúu) y Armando Pérez Araujo (asesor jurídico y defensor de las comunidades afectadas por la minería). (Citado, CAJAR: 2010).

El territorio, constituye un elemento fundamental y esencial sobre el cual se edifica la integridad étnica y cultural, la autoría política y el desarrollo propio de los pueblos afro colombianos, en este caso la comunidad de Tabaco, así como de la comunidad indígena Wayúu que habita la región.

Las comunidades afectadas en la región de la Guajira comprenden a las siguientes:

Comunidad indígena Wayúu de Tamaquitos, vereda del Corregimiento de Roche en el Municipio de Barrancas en la Guajira es una de las más afectadas por la mina del Cerrejón. Aunque “Carbones del Cerrejón”, la empresa operadora le ha confirmado a la comunidad y a la organización Wayúu Yanama que no tiene ningún interés en comprar el terreno de la comunidad, ha comprado casi todo el terreno alrededor de la vereda “solo para tenerlo” (a tres lados de la comunidad las tierras ya pertenecen a la mina), hasta 100 metros de las casas llega la propiedad de la mina.

Comunidad de Roche. Este corregimiento del municipio de Barrancas, desde 1970 hasta 1994 contaba con todos los servicios públicos básicos. Estaba habitado por 510 familias, y actualmente sólo quedan 32. La mayoría de casas se encuentran deshabitadas, debido a que sus moradores se desplazaron forzosamente por las constantes represalias de que son objeto, por parte de la transnacional carbonífera Intercor; algunas de las viviendas han sido vendidas bajo presión por precios irrisorios (desde 300 mil pesos hasta 5 millones).

Comunidad de Chancleta. Ubicada al borde entre las zonas Norte y Central de las Minas del Carbón, es vereda del Corregimiento de Roche (aunque ahora vive más gente en Chancleta que en Roche). Está rodeada por los huecos de las 3 minas, montañas de carbón y residuos de la explotación. Dentro de la vereda la empresa no ha presionado a la gente a vender sus casas y lotes, pero las fincas más grandes ya no existen. Son “predios en reserva” de la mina. Entonces ya no hay trabajo para los residentes de Chancleta. Ninguno de ellos está empleado en la mina del carbón.

Comunidad de Patilla. La comunidad de Patilla es la más grande de las comunidades cercanas a la mina, aunque administrativamente es vereda del corregimiento de Roche. Aquí quedan alrededor de 40 familias. Por estar ubicada muy cerca de la entrada vigilada de la mina de carbón en la zona Central, soporta el paso de las tractomulas de día y de noche. Esta comunidad también ha vendido terrenos y fincas que estaban ubicadas alrededor del pueblo, pero no en el casco urbano no han recibido ofertas (...) Ya no se puede sembrar nada pues no hay tierra, muchos de los habitantes que sembraban en las fincas de otros se quedaron sin trabajo con las ventas de esos predios. Los pocos cultivos que quedan se dañan por el polvillo.

Comunidad de Los Remedios. Las condiciones de la comunidad del corregimiento de Los Remedios es grave por el cierre de las vías de acceso al caserío y la prohibición de transitar al corregimiento entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. por orden de la compañía Carbones el Cerrejón, quedando sus habitantes prisioneros en su territorio. La situación es tan grave que en caso que una persona de la comunidad se enferme debe solicitar el permiso para salir, diligencia que dura hasta 3 horas si logra ubicar a un vigilante de la compañía y éste quiera hacer el favor¹⁴⁶.

Las tres etnias indígenas que habitan en la zona, entre ellas la Wayúu, han sido en varias ocasiones reubicados por parte de la compañía transnacional, pero en los nuevos lugares de residencia tampoco pueden transitar libremente; y para que un vehículo los transporte hacia los respectivos resguardos, deben solicitar con antelación a la compañía un permiso.

Comunidades de Manantial, Oreganal y otras. La comunidad de Manantial fue probablemente la primera de las comunidades dentro de la zona minera que desapareció, en los años 80. Algunos de los residentes después vivían en Tabaco y fueron expropiados nuevamente, y otros ahora viven en Chancleta o Patilla. Todos se acuerdan de los precios irrisorios que les pagó la empresa minera por sus propiedades, no hubo indemnización. La estrategia de la empresa en ese entonces (Intercor

¹⁴⁶ Testimonios de la comunidad del corregimiento de Los Remedios (Citado, CCAJAR; Comunidades del Tabaco: 2010).

como operadora) parece haber sido la misma de hoy: presión para vender y amenazas de expropiación.

Otro ejemplo más reciente es Oreganal: “A pesar de que las empresas en términos generales compensan el efecto con dinero y construcción de nuevas viviendas, se ha podido demostrar históricamente que la compensación económica no evita los trastornos culturales y de costumbres de las personas que son forzadas a dejar su tierra por otro lugar que nunca es igual. En el proyecto se destaca el caso de la población del Viejo Oreganal, que tuvo que ser relocalizada para poder explotar los tajos que llevan el mismo nombre en el área de Cerrejón Central, teniendo que construir una nueva población conocida como Nuevo Oreganal ubicada junto al corregimiento de Papayal en el municipio de Barrancas”¹⁴⁷.

Oreganal era una comunidad indígena Wayúu en la zona “Oreganal/Central” del proyecto minero. Los residentes ahí negociaron una reubicación con la empresa y la alcaldía de Barrancas hasta el año 2001. Vendieron su terreno después de una historia de presión y amenazas y ahora están sin trabajos fijos y sin terreno. No recibieron indemnización, ni tierras para cultivar y seguir viviendo en una comunidad rural, sino fue negociado un proyecto de vivienda social¹⁴⁸ del municipio con pequeños “jardines”, junto al corregimiento de Papayal. No todos “calificaron” en la idea de la empresa de “propietarios de casas” (...).

Varias comunidades cercanas a la mina del carbón están afectadas gravemente por la minería, por contaminación del medio ambiente, daños en la salud y presión a desplazarse a otros lugares, por falta de trabajo e imposibilidad de cultivar. (CCAJAR; Comunidad del Tabaco: 2010).

Lo que se descubre en esta descripción, es que en la experiencia histórica del Tabaco (y de las otras comunidades afectadas) existen dos elementos claves como parte del capital social de las comunidades en su proceso de resistencia y lucha por la reparación ante el desalojo del que fueron víctimas: uno, el de la etnicidad y otro el de la territorialidad ancestral. Se valorará más adelante cómo fueron integradas estas reivindicaciones en el caso y si fueron consideradas como factor de reparación.

¹⁴⁷ Salas, Jaime. 2007. El Cerrejón y sus efectos: Una perspectiva socioeconómica y ambiental. En: Varios Autores. Bajo el manto de carbón. Pueblos y Multinacionales en las minas de El Cerrejón. Casa Editorial Pisando Callos. Bogotá. (Citado, CCAJAR; Comunidad del Tabaco: 2010).

¹⁴⁸ La misma estrategia aplicada en Tabaco fue ejecutada en Oreganal: “Mining at Oreganal has had similar impacts to the Intercor operations further north. At Viejo Oreganal (Old Oreganal), Rio Tinto, Billiton and Glencore bought up all the pasture land around the community and then started pressuring inhabitants one by one to sell up for prices on a par with those offered at Tabaco. As soon as a villager sold up, the company would construct large earth banks around the property. These banks collected standing water and became breeding grounds for mosquitoes. The church, school and community centre were deliberately destroyed and left as standing shells.” Meanwhile, mining operations and test drilling moved ever closer to the community.” www.minesandcommunities.org (Citado, CCAJAR; Comunidad del Tabaco: 2010).

5.2. EVOLUCIÓN DEL COMPLEJO CARBONÍFERO EL CERREJON

El Cerrejón es uno de los proyectos carboníferos a cielo abierto más grandes del mundo, con una extensión de 800 km², se encuentra ubicado en jurisdicción de los municipios de Albania, Hatonuevo Barrancas y Maicao en el departamento de la Guajira. La Guajira es territorio de comunidades indígenas Wayuu, de campesinos y afro descendientes.

La crisis del petróleo de 1973 animó la búsqueda de otras fuentes de energía de origen fósil en el planeta. En 1975 el gobierno de Alfonso López Michelsen, abrió una licitación internacional para la explotación de 32000 hectáreas de carbón en El Cerrejón, participaron 17 compañías siendo seleccionada INTERCOR, filial de la multinacional norteamericana Exxon Mobil.

En diciembre de 1976 el gobierno creó la empresa estatal Carbones de Colombia S.A. (Carbocol), suscribiendo inmediatamente un contrato de asociación con INTERCOR por 32 años que contemplaba 3 etapas: de explotación (1977-1980), de constitución (1981-1986) y de producción (1986-2009). Los estudios de factibilidad técnica y económica hechos en 1977 sobre la mina, calcularon reservas de tres mil millones de toneladas de carbón a 300 metros de profundidad (Wilches-Chaux: 2011,46).

Desde 1980 se inició la construcción de infraestructura del proyecto que requirió la progresiva adquisición de tierras de los lugareños. Fue construida una carretera de 150 kilómetros entre Bahía Portete y la mina, se construyó el Puerto Bolívar, el ferrocarril y la infraestructura minera del complejo. En enero de 1985 con cerca de 3200 trabajadores permanentes, se inició el transporte de carbón desde la mina al puerto y fueron exportadas a Dinamarca las primeras 33000 toneladas del mineral. Para 1999 se alcanzó la meta de exportar 11 millones de toneladas de carbón al año, convirtiéndose así El Cerrejón Zona Norte en la mina a cielo abierto de mayor exportación de carbón térmico en el mundo.

- ***La privatización del complejo carbonífero***

La crisis financiera dada en el gobierno de Andrés Pastrana facilitó la privatización del Cerrejón. En el inicio de este gobierno, en 1998, el país se enfrentó a una gran crisis financiera que llevó a la quiebra a varias instituciones crediticias y se produjo la crisis del

sistema de financiamiento de vivienda UPAC, vigente en Colombia por 26 años. En noviembre de ese año, el ejecutivo decretó la emergencia económica a través de la cual lanzó un plan de salvamento para el sistema financiero y para los deudores del UPAC. Entre las medidas adoptadas se creó el impuesto a las transacciones financieras del dos por mil, la compra de deudas que afectaban a las cooperativas, la refinanciación a los créditos hipotecarios y alivios extraordinarios a los bancos con préstamos especiales del Estado con los recursos provenientes del dos por mil. El plan en general tuvo un costo estimado de 2,5 billones de pesos y desembocó en la nacionalización de bancos como Uconal y Granahorrar, la fusión de entidades cooperativas y la liquidación de entidades financieras públicas como la Caja Agraria, el Banco Central Hipotecario, el Banco del Estado, el Banco Cafetero, Concasa y el Instituto de Fomento Industrial (IFI), entre otras.

La recesión de la economía nacional manifestada en un descenso de los ingresos corrientes (especialmente de los tributarios) y en dificultades para acceder al financiamiento externo, agravado por las crisis internacionales de 1997 y 1999, empujó al gobierno a suscribir el Acuerdo Extendido con el Fondo Monetario Internacional (FMI), que se sometió al país a un profundo ajuste estructural de corte neoliberal.

En el mencionado acuerdo quedó establecida la privatización de la empresa estatal Carbocol, privatización que ya había sido contemplada en el documento CONPES No. 2895 de 1996, con cuatro objetivos: a) garantizar la infraestructura de transporte del complejo carbonífero; b) ampliar la capacidad de producción, c) definir las relaciones contractuales entre Carbocol e Intercor y, d) enajenar la participación de la nación en el complejo (Pérez: 2010).

En 1999 el Estado colombiano extendió los derechos de explotación del Cerrejón a los operadores por 25 años más (hasta el año 2033). Alcanzando la plena producción la mina, en noviembre del año 2000 el gobierno cumpliendo el acuerdo con el FMI, dictó el Decreto 20 de 2000 que permitió la venta de la participación de Carbocol (50%) en el contrato de asociación Cerrejón Zona Norte, adquirida por el consorcio formado por las compañías subsidiarias de BHP Billinton plc (Inglaterra), Anglo American plc (Sudáfrica) y Glencore Internacional AG (Suiza).

Este decreto es fiel reflejo de lo que Sassen (2010) describe como los anclajes estatales de la globalización neoliberal. Las directrices generales del neoliberalismo se encuentran entre otros referentes en el Consenso de Washington, recogidos luego en el Acuerdo Extendido con el FMI cuya aplicación se vehiculiza con el Decreto 20 de 2000 que dio paso a la privatización de Carbocol en beneficio de las multinacionales, y se especifica aún más con las resoluciones que expedirá el Ministerio de Minas y Energía declarando la expropiación de los terrenos del Tabaco a través de las figuras de la minería como utilidad pública e interés social.

La cuestionada cesión o venta de los derechos de explotación minera de Carbocol en El Cerrejón, se hizo por un valor estimado en 383,7 millones de dólares, precio muy inferior a la cifra esperada¹⁴⁹. El gobierno justificó el pésimo negocio argumentando que no se trataba de la simple venta de las acciones de Carbocol, sino de crear una nueva empresa, “Carbones Zona Norte”.

En febrero de 2002 se completó la jugada maestra de las multinacionales: el consorcio compró a INTERCOR el 50% de las acciones restantes, quedándose con la totalidad de la propiedad del Cerrejón bajo la nueva razón social de “Carbones del Cerrejón LL-C Zona Central”¹⁵⁰. Tres años después la compañía adquirió la concesión para explorar y explotar los yacimientos de carbón de la Zona Norte (Depósito Central y Depósito Oreganal), Área de Patilla y Zona Sur, ejerciendo desde entonces el control sobre todo el territorio de la mina, afianzando así una explotación de enclave.

El consorcio de las multinacionales para ejercer plenamente los derechos sobre las cinco minas, presionó a las autoridades nacionales y locales para que los territorios donde se encontraban las minas se entregaran libres de cualquier obstáculo para su explotación, entre esos, de gente.

¹⁴⁹ Según in informe de la Contraloría General del año 2000: “La venta de Carbocol se hizo por debajo de su valoración real y sin un claro piso legal, prueba de ello es el precio. Colombia recibió por esta venta 383,7 millones de dólares, tiempo después Glencore vendió a Xstrata la tercera parte de los que había comprado el consorcio por un valor de cuatro veces y medio superior...”. (Citado, Observatorio Social: 2008, 167).

¹⁵⁰ Se desconoce la cifra exacta por la cual el consorcio compró a Exxon –INTERCOR- el 50% restante de la zona norte, aunque se estima que fue por 560 millones de dólares, es decir, 125 millones de dólares por encima del precio de Carbocol (Observatorio Social: 2008, 168).

5.3. ARTILUGIOS JURÍDICOS DE LAS MULTINACIONALES

Para asegurar los derechos de explotación minera en la zona, Carbocol, que en apariencia había sido extinguida al ceder sus acciones a las multinacionales, invocando las figuras constituciones del interés público y la utilidad social, precedió a declarar administrativa y judicialmente la expropiación de los bienes de los campesinos afrocolombianos residentes en El Tabaco.

Esa tesis de que la expropiación de la gente del Tabaco por la empresa Carbocol era improcedente desde el punto de vista legal, debido a que tal empresa ya se había extinguido al ceder sus acciones a las multinacionales, fue esgrimida por el abogado representante de las víctimas, Pérez Araujo, durante todo el proceso de resistencia social y legal al desalojo de 120 familias afocolombianas de su territorio ancestral.

De acuerdo con la crónica escrita por el abogado sobre “*La destrucción del Tabaco*” (Pérez: 2010), el desalojo fue posible porque toda la institucionalidad municipal, departamental y nacional actuó a favor de las multinacionales, tomando una serie de decisiones ilegales, coordinadas en cierto sentido, para justificar la expulsión de la gente negra de su territorio.

En el plano nacional, el gobierno de Pastrana a través de sus sucesivos ministros de Hacienda y Crédito Público, Juan Camilo Restrepo y Juan Manuel Santos, firmó el Acuerdo Extendido con el FMI que sirvió de marco para la privatización de Carbocol. El Ministerio de Minas y Energía por su parte expidió la Resolución 80244 del 2 febrero de 1999 que declaró de utilidad pública e interés social el territorio del Tabaco y decretó se expropiación.

En la parte resolutive del acto administrativo de expropiación 80330/98, firmado por el ministro, Luis Carlos Valenzuela, se decidía:

*Decretar por motivos de utilidad pública e interés social, dentro del expediente 22279, la expropiación de los derechos de posesión y se mejoras actualmente ejercidos y existentes en el **predio rural baldío** nacional denominado Tabaco contenido en el aporte 389, ubicado en jurisdicción del municipio de Hatonuevo, departamento de la Guajira, con una extensión superficial de 15 hectáreas y 4504 metros cuadrados, comprendiéndose los siguientes linderos (...) (Citado, Pérez: 2010. Resaltado fuera de texto).*

La decisión se complementó con la resolución 80244/99 del Ministerio de Minas y Energía que le da vía a la expropiación por vía administrativa de predios de la zona urbana del Tabaco, también declarados de utilidad pública e interés social.

Les tocó a las autoridades administrativas y judiciales del orden departamental y local por lo tanto aplicar la normatividad que permitiera la entrega física del territorio minero a las empresas extranjeras.

La figura de “utilidad pública e interés social” está contemplada en el artículo 58 de la Constitución como uno de los contenidos límites del derecho a la propiedad, según el cual el interés colectivo prevalece sobre los intereses particulares:

ARTICULO 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.

Esta regla fue incluida en el código minero que estableció las condiciones y procedimientos a través de los cuales un predio de propiedad privada podía ser expropiado con el fin de un aprovechamiento minero.

Con fundamento en las citadas resoluciones ministeriales, Carbocol inició en noviembre de 1999 ante el Juez Promiscuo de San Juan del Cesar, el proceso de expropiación de las posesiones cuyos titulares no habían accedido a negociar voluntariamente la venta de sus derechos a la empresa. Las organizaciones de base de la comunidad, Junta Comunal y la

Junta Pro-Reubicación del Tabaco (creada en 1998), habían orientado a la comunidad a no aceptar las ofertas de compra hechas¹⁵¹.

En julio de 2001, el Juzgado Promiscuo expidió la sentencia de expropiación rural, lo cual agilizó el proceso de negociación “voluntaria” de algunas otras posesiones. No obstante, ante la negativa de muchas familias del corregimiento a vender sus predios directamente, dicho juzgado adelantó un procedimiento de entrega anticipada, comisionando para ese fin a la juez municipal de Barrancas.

El jurista Armando Pérez Araujo en su estrategia de defensa de los intereses comunitarios, postuló la tesis de que al realizarse la cesión del 50% de acciones de Carbocol a las empresas multinacionales en noviembre del año 2000, desde esta fecha la empresa carecía de facultad legal para proseguir con el proceso de expropiación del Tabaco, y menos hacerlo en ejercicio del interés público.

En consecuencia, todo lo actuado a partir de ese momento, era inconstitucional pues sólo puede alegar el interés público el Estado. Carbocol ya había perdido su carácter estatal, por el cual, si tiene en cuenta que la destrucción del corregimiento del Tabaco se realizó el 9 de agosto del año 2001, dicha empresa actuó por fuera de la ley, tomando decisiones administrativas que ya no podía, como solicitar la expropiación de los terrenos del corregimiento.

Se debe recordar que sólo en el primer gobierno de Uribe Vélez (2002-2006) se procedió a la liquidación de Carbocol y de Minercol. La liquidación de estas dos empresas se hace el

¹⁵¹ INTERCOR comenzó en 1997 a adelantar varios estudios socio-demográficos y de los predios del corregimiento para iniciar el proceso de compra de los terrenos. En septiembre de 1997, la Alcaldía de Hato Nuevo, había adelantado un estudio diagnóstico para INTERCOR en el que se listaba la situación de los inmuebles del corregimiento. Se establecía que existían 54 casas habitadas, 69 deshabitadas y 79 solares (lotes sin construcción alguna). Igualmente a través de una firma consultora, “Gómez Cajiao y Asociados”, INTERCOR hizo el “Estudio Socioeconómico de Población – 49 Fichas Familiares del Poblado de Tabaco”.

A partir de esta información la compañía de las multinacionales notificó oficialmente a los residentes del Tabaco (Junta de Acción Comunal) que necesitaba adquirir sus posesiones territoriales para la expansión de su plan minero. Seguidamente la Alcaldía expidió una resolución prohibiendo la construcción de nuevas viviendas en la zona. En abril del año 2000, comenzó el avalúo pericial de los predios rurales y en junio de 2001, el IGAC hace el avalúo de los predios urbanos. (Wilches-Chaux: 2001, 53 y ss).

6 de marzo de 2003 mediante el Decreto 520 (Observatorio Social: 2008, 167), por lo cual la tesis de la defensa genera incertidumbre.

¿Cuáles decisiones se adoptaron en ese período? Para lograr el desalojo de la gente afrocolombiana del Tabaco, se ponen en juego por diferentes instituciones del Estado y por las multinacionales varias estrategias que oscilan entre la persuasión y la presión para que las comunidades abandonen el territorio.

Ante la negativa de cerca de 120 familias de vender sus posesiones, las autoridades locales empezaron a suspender los servicios públicos a la comunidad, cerraron el puesto de salud y prohibieron el tránsito por varias trochas o caminos usados por la gente para llegar a las fuentes de agua o a los sitios de cultivo. Con esas determinaciones se alteraron las relaciones de vecindad entre las comunidades y la empresa minera, provocando una ruptura con el uso tradicional del espacio y una suerte de cercamiento o confinamiento de la gente.

Se adelantó igualmente con la iglesia católica una compra del templo del corregimiento por parte de las empresas, y se consiguió la salida del corregidor, autoridad tradicional, a quien le fue comprada su propiedad (Pérez: 2010); ambos hechos contribuyeron a debilitar la voluntad de la comunidad para permanecer en el territorio. El 3 de abril de 2001 se demolió la capilla del Tabaco en presencia del cura párroco, previa negociación con la Diócesis de Riohacha del valor del inmueble.

En septiembre 11 de 1998, la autoridad ambiental Corpo-Guajira expidió la resolución 003058 concediendo permiso a INTERCOR para el aprovechamiento de aguas superficiales de uso público procedentes del arroyo Tabaco, restringiéndose según testimonios de los pobladores el libre acceso de la comunidad a varias fuentes de agua (CCAJAR; Comunidad del Tabaco: 2010)¹⁵².

¹⁵² En junio de 2001 los señores José Julio Pérez, Carlos A. Piayú, Arcadio Pinto y Mario Alberto Pérez presentaron una denuncia penal contra vigilantes de la empresa por agresiones que recibieron cuando se encontraban filmando el estado de los caminos y de las fuentes de agua cercanas al Tabaco. En el informe de 2008 del Panel Independiente contratado por el Cerrejón, se reconoce que la empresa ha “estrangulado” a las comunidades y las ha confinado, impidiéndoles el paso a muchos lugares.

Las empresas seguían persuadiendo a las familias para la venta voluntaria de sus predios. Por ejemplo, en mayo de 1999 se inició un proyecto denominado “Soporte Psicosocial en el Proceso de Negociación de Predios Urbanos en la Población de Tabaco” financiado por INTERCOR. En su ejecución se realizaron jornadas de recreación, talleres de desarrollo personal y familiar, de cambio del plan de vida y charlas informativas sobre la negociación de las viviendas. En un informe del Departamento Legal de la empresa se afirmó que para el 2001 ya se habían negociado el 80% de las posesiones de Tabaco (170), quedando pendientes por negociar 43 posesiones (Wilches-Cahaux: 2011, 57).

5.4. EL DESALOJO ILEGAL Y VIOLENTO DEL TABACO

La jueza municipal de Barrancas, Carolina Martínez Padilla, fue comisionada en julio de 2001 para la práctica de la “entrega anticipada” de los predios del Tabaco. Según el artículo 457 del Código de Procedimiento Civil se autoriza la entrega anticipada de los inmuebles en los procesos de expropiación “*cuando el demandante así lo solicite y consigne a órdenes del juzgado, como garantía de pago de la indemnización, una suma igual al avalúo catastral más un cincuenta por ciento*”, gestión que hizo diligentemente Carbocol.

La Corte Constitucional en Sentencia C-153 de 1994 aclaró las condiciones en que la entrega anticipada debía proceder:

La entrega anticipada del inmueble no es a título traslativo de dominio sino a título de tenencia. Luego no se viola aquí sino que se protege el derecho de propiedad, pues la expropiación exige la indemnización previa a la transferencia del derecho de dominio, más no la indemnización previa a la entrega de la tenencia de la cosa. La entrega anticipada no es entonces un mecanismo que anticipa los efectos de una eventual sentencia judicial sino que la petición de entrega es una medida cautelar, por razones de utilidad pública o interés social, bajo el supuesto de que la persona cuyo bien ha sido expropiado va a recibir una indemnización justa, previa al traspaso del dominio.

La defensa en varios alegatos ante las autoridades para detener el desalojo, demostró que no era cierto que existiera orden alguna de desalojo judicial, es decir una sentencia en firme, sino que aún faltaba conforme al debido proceso, la práctica de los dictámenes periciales de avalúo de varios predios, su contradicción, el pago del precio y de las indemnizaciones.

No obstante, el día 9 de agosto de 2001, pese a los recursos jurídicos interpuestos para detener el desalojo, éste se efectuó violentamente, destruyendo con maquinaria 29 viviendas y expulsando a 120 familias afrocolombianas de su territorio.

El día 9 de agosto de 2001 con un inusual despliegue de la fuerza pública (cerca de 200 policías a cargo del coronel Angel Orión Porras), la maquinaria pesada se procedió a la destrucción de las viviendas. Los alegatos interpuestos ante la juez comisionada por el Defensor del Pueblo, Fernando López, y por el abogado Armando Pérez Araújo, fueron desatendidos. La juez que estuvo asesorada todo el tiempo por la apoderada de Carbocol, Martha Peñaloza, llevó a cabo la diligencia de entrega anticipada de 26 derechos de posesión pertenecientes a 24 familias.

La diligencia debió ser interrumpida y reanudada posteriormente debido a que los pobladores se enfrentaron a piedra con la policía, resultando 9 habitantes del corregimiento y varios agentes heridos.

Un mes después de la destrucción de las casas y de otros equipamientos del corregimiento, se hizo el traslado de los difuntos del cementerio del caserío del Tabaco a los diferentes lugares solicitados por los familiares.

Tres casas que no pudieron ser destruidas porque no fueron incluidas en el listado de personas afectadas por las expropiaciones judiciales, Carbocol consiguió que la alcaldía de Hatonuevo expidiera la resolución 005 de 2002 por medio de la cual se concedió la servidumbre minera a las empresas y así realizar trabajos de minería dentro de esas tres viviendas urbanas del Tabaco, cuando tales servidumbres sólo son aplicables a predios rurales, adyacentes a las minas. El 23 de enero del año 2002, aunque nuevamente hubo oposición de la defensa, las tres casas fueron destruidas y días después ocurrió la expropiación definitiva cuando aún residían allí 49 personas en 12 hogares.

El conjunto de actos punibles durante el procedimiento de desalojo del Tabaco y de represión contra los habitantes del corregimiento fueron denunciados por Armando Pérez Araujo ante el Fiscal General de la Nación, Luis Camilo Osorio. Paradójicamente no se abrió ninguna investigación y en cambio la fiscal delegada para el caso, ordenó medida de aseguramiento contra el defensor de las víctimas, bajo la imputación de falsa denuncia e injuria contra la juez comisionada para el desalojo, contra el comandante de la policía del municipio de Hatonuevo y de otros funcionarios.

Todas las autoridades que participaron en la expulsión de las familias del Tabaco, urdieron el desalojo para favorecer a las multinacionales, en medio de claras prácticas de ilegalidad y corrupción. Armando Pérez Araujo en su crónica comenta que la fiscal Carmen Frías recibió de las multinacionales la suma de veinticinco millones de pesos por encarcelarlo durante 37 días, para evitar que siguiera retrasando el desalojo (Pérez: 2010).

Debido a que muchos de los desalojados se ubicaron en el municipio de Hatonuevo y comenzaron a presionar soluciones, en febrero de 2002 el alcalde, Enaimen Rodríguez Ojeda, prometió a las víctimas desarrollar un proyecto de vivienda interés social donde se les incluiría. Solicitó a INTERCOR la donación al municipio de los predios “Ojo en Medio” y “Mayalito”, hecho que no ocurrió, siendo la primera de muchas promesas incumplidas a la gente desalojada.

Con la intención de dar cumplimiento a la sentencia 0014-01 del 7 de mayo de 2002 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que le ordenó al alcalde de Hatonuevo iniciar trámites inmediatos para dar soluciones definitivas a la construcción de la infraestructura comunal, el desarrollo de un plan de vivienda para los desalojados, educación para los menores y un plan de inversión, en septiembre 3 del mismo año, la administración solicitó a la empresa la donación del predio “Ojo Caro”, ubicado en la zona rural del municipio, hecho que tampoco prosperó.

A lo largo de 2003 y 2004 la administración hizo gestiones poco efectivas para dar cumplimiento a las órdenes de la Corte, como adelantar estudios socioeconómicos de la gente del Tabaco y el avalúo a través del IGAC del predio de propiedad privada “La Esperanza”, donde esperaba adelantar el plan de vivienda. En noviembre 2 de 2004 se hace una nueva solicitud al IGAC para el avalúo de los predios rurales “La Cruz” (de 1000 hectáreas) y “Las Delicias” (de 100 hectáreas).

Sólo 4 años después, El Cerrejón compró el predio La Cruz como parte de los compromisos adquiridos con la “Junta Social Pro-Reubicación de Tabaco” tras un proceso de negociaciones con la empresa, resultado de una recomendación de un Panel de Revisión Independiente, que las multinacionales aceptaron para la investigación del caso.

Este panel presidido por el Sr. John Harcker, vice-rector de la Universidad de Cape Breton, en su informe final (2007) constató: irregularidades en el procedimiento del desalojo, fuertes impactos ambientales en la zona y afectaciones a la salud de los pobladores, verificó la situación de falta de empleo y pobreza de las comunidades Wayúu y campesinas y recomendó un plan de compensaciones y la reubicación y reconstrucción del poblado, que debía ser consultada y concertada con los desalojados¹⁵³.

Las recomendaciones formuladas posibilitaron varias reuniones de la empresa y las autoridades con la Junta Social de Pro-reubicación del Tabaco. El 12 de diciembre de 2008 se dio a conocer el “Convenio de cooperación celebrado entre el municipio de Hatonuevo, la Junta Social Pro-reubicación de Tabaco y Carbones del Cerrejón Limited para la ejecución de los acuerdos de la comunidad del Tabaco”, acuerdo firmado por el alcalde de Hatonuevo, Elmer de Jesús de Armas, el líder de la Junta Social Pro-reubicación, José Julio Pérez Díaz, y León Teicher, Presidente de Carbones del Cerrejón.

Tan sólo en enero de 2013, la multinacional carbonífera del Cerrejón hizo entrega formal al alcalde de Hatonuevo, Reiner Palmezano, de los títulos que acreditan la propiedad del predio “La Cruz”, denominado ahora Tabaco 1, con el objetivo de reconstruir físicamente a la comunidad de Tabaco, proceso liderado hoy por la Red Tabaco de Desarrollo Endógeno. Al evento de entrega de los títulos, según nota de prensa de Radio Guatapurí publicada el 4 de enero de 2013, asistieron el líder José Julio Pérez y el asesor jurídico, Armando Pérez Araujo.

Tras diecisiete años del desalojo forzado de la gente del Tabaco, a penas en mayo de 2017, la empresa El Cerrejón firmó el acta y entrega de las escrituras del predio Tabaco 1 y Tabaco 2¹⁵⁴, conocido como predio La Cruz, donde se materializará la reconstrucción física del corregimiento del Tabaco, y donde las familias de esta comunidad establecerán sus

¹⁵³ Panel de Revisión Independiente. El Cerrejón. Febrero 2008. Informe final: Carbones del Cerrejón y Responsabilidad Social: Una revisión independiente de los impactos y del objetivo. Disponible en: http://www.cerrejon.com/site/Portals/0/Documents/pdf/tpr/INFORME_FINAL_PANEL_2008.pdf

¹⁵⁴ Una de las recomendaciones del panel de expertos contratado por la empresa para realizar la investigación del desalojo del Tabaco, y proponer soluciones de responsabilidad social empresarial, fue que la empresa debía donar un terreno para la reubicación y reconstrucción del poblado del Tabaco. Esta donación al municipio de Hatonuevo de un predio de 14 hectáreas se hizo mediante la escritura pública N° 3148 del 12 de diciembre del 2012 del círculo notarial de Bogotá,

proyectos productivos¹⁵⁵. Mediante la escritura pública N° 00840 del 15 de marzo del 2017 de la notaria primera de Bogotá, se hace constar que el Cerrejón dona al municipio 175 hectáreas de los predios denominados Tabaco 1 y Tabaco 2 para que el municipio realice por fin los estudios, y proceda a definir las áreas donde se construirá el nuevo poblado con participación de la comunidad. La mayor dificultad se encuentra en que las autoridades municipales deben hacer las gestiones necesarias para la consecución de los recursos, para la solución definitiva del problema del agua.

5.5. DALECTICAS SOCIO-JURÍDICAS EN EL CASO DEL TABACO

En la breve descripción presentada del caso del Tabaco se puede observar cómo actúa el poder transnacional en la lógica de la acumulación por despojo. Igualmente se puede identificar el papel que cumplen las formas jurídicas en la configuración de las fuerzas dominantes. Pasaré a revisar ahora cómo actúan las fuerzas de la resistencia social dentro del campo jurídico, cuáles son sus estrategias y su idoneidad para defender los derechos de las víctimas del desarrollo.

La mega-minería conlleva el ejercicio de un fuerte poder político y regulador de las empresas multinacionales en los lugares donde actúan. El actual modelo de la acumulación por desposesión (Harvey: 2006) crea una nueva geografía productiva basada en la localización de los recursos naturales que necesita la demanda energética del mundo desarrollado. La reorganización del espacio agenciada por los Estados se hace para atraer a la inversión extranjera directa, librándola de toda restricción para sus ganancias. Al tiempo se funcionalizan a las poblaciones locales a los intereses de la acumulación por desposesión, ejerciendo sobre ellas formas de bio-poder que las dominan, reprimen, explotan o desestructuran erosionando sus identidades, destruyendo sus tradiciones y la pérdida del control sobre los territorios (Reyes; León: 2012, 111).

La geopolítica global ha establecido *“una jerarquía en términos foucaultianos de hacer vivir a los ciudadanos políticamente calificados de las soberanías desarrolladas y dejar morir a los habitantes de las soberanías débiles o países subdesarrollados”* (ibíd., 116). El fin

¹⁵⁵ Véase nota de prensa en: <http://www.elinformador.com.co/index.php/region-caribe/77-la-guajira/151336-reconstruccion-del-nuevo-poblado-de-tabaco-un-sueno-que-se-hace-realidad>

político del modelo de acumulación por desposesión se encuentra en subordinar, controlar, explotar y expropiar la diversidad existente en los países periféricos, en detrimento de las comunidades locales que asisten a su última conquista y colonización.

En unas circunstancias, el disciplinamiento de las poblaciones locales se hace a través del ejercicio de la fuerza directa y violenta (las guerras por los recursos), y en otras, actúa la bio-política como tecnología reguladora de la vida colectiva, siendo las formas jurídicas un instrumento de violencia simbólica muy eficaz: no hay nada más calculado que las regulaciones de la des-regulación del libre comercio.

Esta segunda vía de la desregulación es la predomina en el caso del Tabaco. La manipulación del derecho interno es la que concreta la expulsión de la gente del corregimiento y permite la acumulación por desposesión.

Existe aquí un perfecto encuadre de las regulaciones globales del libre mercado, manifestadas en nuestro caso, en las imposiciones contenidas en el acuerdo extendido con el FMI para privatizar El Cerrejón, y la consecuente expropiación del territorio ancestral de la comunidad afrocolombiana, maquinada sobre la base de la manipulación de las normas internas y de la corrupción general de la institucionalidad estatal, todo en un ejercicio de violencia simbólica del poder local en beneficio del poder de las multinacionales.

5.5.1. Dos campos jurídicos sin garantías para los derechos

Para comprender las dinámicas socio-jurídicas en el caso que nos ocupa, el análisis se apoyará en los conceptos y reglas básicas que Bourdieu describió sobre el campo jurídico (1986a; 2000). El concepto de “campo jurídico” hace referencia a la existencia de un espacio social, relativamente independiente de las demandas externas, al interior del cual se produce y ejerce la “autoridad jurídica” (Bourdieu: 2000c, 158). El interior del campo jurídico está determinado por un conjunto de actividades (lenguajes y prácticas) estructuradas y estructurantes (*habitus*) que hacen competentes a los diferentes actores para debatir sus intereses, actores que a su vez se encuentran en una situación de lucha con fuerzas desiguales que definen sus límites y posibilidades.

El caso del Tabaco se desenvuelve en dos escenarios de confrontación socio-jurídica: un campo jurídico nacional/local y otro campo jurídico perteneciente a lo que he denominado justicia global corporativa. En el segundo escenario transitan las actuaciones que las víctimas y sus representantes surtieron a través del procedimiento de las Directrices de la OCDE. En cada uno de estos escenarios, las partes enfrentadas, víctimas y multinacionales, han ido proponiendo pretensiones sobre derechos y responsabilidades legales, así como variando sus estrategias y alianzas para concretarlas.

5.5.1.1. El campo jurídico nacional/local

En este escenario, la lucha socio-jurídica transcurre en dos momentos diferenciados: (i) inicialmente la comunidad tabacalera se enfrenta localmente a las maniobras de las empresas, acompañada por el trabajo jurídico del defensor de derechos humanos, Armando Pérez Araujo y luego (ii) desde el año 2003, el proceso social es reforzado con la asesoría que brinda la ONG, Colectivo de Abogados “José Alverar Restrepo”, cuya colaboración hace que el caso gane resonancia nacional y se inscriba en el activismo socio-jurídico de tipo cosmopolita, esto sobre las alianzas previamente establecidas por la Comunidad del Tabaco y por el abogado Armando Pérez Araujo.

- ***Capital social en juego: ancestralidad y defensa de lo común***

Hacia 1997 cuando las empresas carboníferas empiezan a mostrar interés por el territorio del Tabaco para ampliar la producción, la acción colectiva de resistencia es liderada por las organizaciones de base, Junta de Acción Comunal y Junta Social Pro-reubicación, que nace un año después.

En este momento, las características históricas y de ancestralidad son un elemento esencial del *capital social* que se pone en juego en las lucha de resistencia del pueblo tabacalero contra los factores de dominación.

Unas veces este capital social basado en la identidad étnica y cultural y en la experiencia histórica, siguiendo a George Rudé (1980), actúa como ideología inherente y en otros casos como ideología derivada. Para el historiador británico la “ideología de protesta” es una fusión de elementos inherentes y derivados. El elemento inherente lo entiende como propio

de las clases populares, mientras que el derivado se sobre-impone mediante un proceso de transmisión y adopción desde fuera. Rudé explica que el elemento tradicional “inherente” es como una especie de “leche materna” ideológica, basada en la experiencia directa, la tradición oral o la memoria colectiva, mientras que el elemento “derivado” surge del contacto de los grupos populares con otras fuerzas sociales que poseen niveles de elaboración política o filosófica de mayor complejidad.

En el caso del Tabaco la resistencia social inicial se basa en las tradiciones de la comunidad, que permiten la organización de la gente para defender valores y bienes que se consideran necesarios para conservar la vida en común. Se trata de un momento donde la lucha es reactiva a la amenaza exterior que suponen las maniobras de las empresas para comprar los predios de las familias tabacaleras, y se manifiesta como defensa social de los bienes comunes¹⁵⁶.

Las negociaciones llevadas de manera individual y selectiva por la empresa con las familias del Tabaco, dividieron y debilitaron a la comunidad. Para agosto de 2001 cuando se produce la destrucción del poblado, 230 familias ya habían vendido sus predios y otras 120 familias no aceptaron ningún arreglo con las compañías multinacionales. Son estas familias resistentes las que integrarán especialmente a la Junta Social Pro-reubicación, espacio organizativo donde se han articulado las reivindicaciones colectivas sobre reconstrucción de la comunidad y sobre las reparaciones por los daños.

Cuando la comunidad toma conciencia del proceder sinuoso de las empresas, comienza el proceso organizativo:

Organizada la comunidad y como otra forma de resistir, se conformó legalmente la JUNTA SOCIAL PROREUBICACION DE TABACO, entidad sin ánimo de lucro cuya finalidad era: (i) lograr el desarrollo económico y social de la comunidad, encaminando sus labores a la defensa de los derechos e intereses de la comunidad, (ii) procurar una negociación justa y transparente con Carbones del Cerrejón. Para lograr sus cometidos, la Junta exigió garantías y realizó múltiples denuncias sobre situaciones adversas a las pretensiones de la comunidad ante los diversos organismos de control y autoridades estatales, e inicio las correspondientes acciones jurídicas antes y después del desalojo (CCAJAR; Comunidad del Tabaco: 2010).

¹⁵⁶ Es con el trabajo de acompañamiento jurídico realizado inicialmente por el abogado Pérez Araujo, y luego con la asesoría del Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”, que se introducen con mayor claridad en el proceso de resistencia nuevos elementos ideológicos (“derivados”) relacionados con el enfoque de los derechos humanos, con la ancestralidad afrocolombiana y con los derechos étnicos, entre otros.

Es aquí donde la comunidad del Tabaco encuentra un aliado decisivo en el abogado Pérez Araujo. Para abreviar el arduo trabajo jurídico realizado por Pérez durante una década, en el siguiente cuadro se ilustran los hitos en la ruta jurídica:

Cuadro 14. Descripción de las acciones y recursos jurídicos interpuestos en desarrollo del caso del Tabaco entre 1992-2003

| Tipo de acción/recursos o jurídicos | Fecha | Accionante (s) y demandados | Pretensiones | Decisiones Judiciales |
|-------------------------------------|-------------------|--|--|---|
| Tutela | Febrero de 1992 | Armando Pérez vs. Ministerio de Salud. | Defensa del derecho a la vida y al medio ambiente sano ante la contaminación originada por la explotación del Tajo Sur. | Sentencia del 18 de septiembre de 1992 negó las aspiraciones del tutelante. |
| Acción popular | 1999 | Armando Pérez vs. Ministerio del Interior, el Ministerio del Medio Ambiente, el Ministerio de Salud, la Gobernación de La Guajira, el Municipio de Hatonuevo, Carbocol – Intercor S.A. | Protección de los derechos colectivos ambientales, contaminación del aire, ruido y contaminación del agua. | El Tribunal Contencioso de La Guajira negó las pretensiones en primera instancia. El Consejo de Estado confirma la decisión del <i>a quo</i> . |
| Derecho de petición | 1999 | Armando Pérez ante la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, | Presencia de indígenas en el área de Tabaco. | |
| Tutela | 1999 | Armando Pérez contra Magistrado del tribunal administrativo de la Guajira que negó el la acción popular. | Debido proceso. | Negada por la Sección Quinta del Consejo de Estado. |
| Derecho de petición | Octubre de 1999.- | Armando Pérez ante Ministerio del Medio Ambiente. | Los mismos argumentos de la acción popular presentada en 1999. | El Ministerio contesta de acuerdo a la sentencia confirmada por el Consejo de Estado. |
| Acción popular | Noviembre de 1999 | Armando Pérez vs. Ministerio del Medio Ambiente. | Prevenir daños al medio ambiente y a la salud pública. | El Tribunal Contencioso de La Guajira niega las pretensiones (13 de marzo del 2001). El Consejo Estado confirma la decisión del <i>a quo</i> mediante sentencia del 24 de mayo de 2001. |
| Denuncia penal | Junio de 2001 | José Julio Pérez, Carlos A. Piayú, Arcadio Pinto y Mario Alberto Pérez contra vigilantes de la empresa Carbocol-INTERCOR. | Por agresiones cometidas en su contra por vigilantes de la empresa cuando se encontraban filmando el estado de los caminos comunales y de las fuentes de agua cercanas a Tabaco. | Las directivas de la empresa responden que los denunciantes se encontraban sin autorización en predios de la mina. |
| Denuncia penal | Diciembre de 2001 | Juez de Barrancas y otros contra Armando Pérez. | Por falsa denuncia. | La fiscal Carmen Frías llama a indagatoria al abogado Pérez. Dicta medida de aseguramiento contra el abogado (37 días). |

| | | | | |
|-------------------|--------------------------------|---|---|---|
| Tutela | Marzo de 2002 | Armando Pérez a nombre de varios menores del Tabaco contra la Alcaldía de Hatonuevo. | Protección de los derechos constitucionales fundamentales a la educación, a la dignidad, la vida colectiva y la propiedad privada. | Negada en primera instancia por el Tribunal Superior de Riohacha. La sentencia es apelada ante la Corte Suprema de Justicia, que en el mes de mayo de 2002 revoca la sentencia del a quo y falla a favor de los tutelantes. Ordena que en el término de 48 horas, el Alcalde de Hato Nuevo debe iniciar los trámites para las soluciones definitivas tendientes a establecer la construcción de la infraestructura comunal y el desarrollo de un plan de vivienda a favor de los miembros de la comunidad de Tabaco; atender las necesidades de vivienda y educación de los menores y un plan de inversión de inmediato cumplimiento. |
| Tutela | Finales de 2002 e inicios 2003 | Armando Pérez contra la Iglesia Católica. | Derecho a la libertad religiosa. | Denegada por el Juzgado Promiscuo de Barrancas. |
| Denuncias penales | Finales de 2002 e inicios 2003 | Armando Pérez contra los Ministros de Minas Carlos Caballero y Luis Carlos Valenzuela. | | Investigación cerrada por falta de pruebas. |
| Denuncias penales | Finales de 2002 e inicios 2003 | Armando Pérez contra el Juez de Barrancas, la abogada de Intercor (Marta Peñalosa) y contra el Comandante de la Policía de La Guajira | | Investigaciones cerradas por "falta de mérito". |
| Desacato | Marzo de 2003. | Armando Pérez contra Alcalde de Hatonuevo | Por no dar cumplimiento a lo ordenado por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de mayo de 2002. | El Alcalde es sancionado con pena privativa de la libertad por cinco días. Luego se cambia la medida por multa equivalente a 5 salarios mínimos legales vigentes. |
| Tutela | Marzo de 2003 | Armando Pérez contra el Juzgado de Barrancas, contra el Juzgado de San Juan del Cesar y contra Intercor. | Protección a los derechos fundamentales por la expropiación de las familias que no habían negociado voluntariamente con la empresa (19 posesiones). | La Corte Suprema de Justicia niega las pretensiones de amparo. |

Fuente: Elaboración propia con base en información de Wilches-Chaux: 2011; CCAJAR; Comunidad del Tabaco: 2010.

Un repaso de las decisiones adoptadas muestra el comportamiento del campo jurídico local inclinado a hacer prevalecer el interés del capital transnacional. En más de diez años de

resistencia jurídica al despojo en El Tabaco, sólo la sentencia de tutela de la Corte Suprema de Justicia de mayo de 2002, accedió a la protección de los derechos humanos de las víctimas, y tomó algunas medidas cercanas a su reparación, incumplidas en su mayor parte hasta hoy, manteniendo la impunidad y reflejando la fragilidad de los fallos judiciales respecto al poder de las empresas transnacionales.

- ***¿Politizar o juridizar los casos?***

Una cuestión que vale plantear a esta altura, es que existe una difícil articulación entre las luchas políticas y el trabajo de judicialización de los casos. Si los procesos de reclamación se centran en las acciones jurídicas, el contenido político es suplantado por los debates legales y se termina desestimulando a la movilización social.

Cuando la expectativa sobre la solución de un conflicto social se radica en la aplicación de un derecho ya reconocido y se acude a los sistemas de protección, la reclamación se vacía de contenido político y los actores sociales acaban confiando más en las decisiones judiciales que en su propio poder de transformación social.

El discurso de los derechos humanos puede conducir a que se sustituya el contenido social de la movilización por los axiomas y procedimientos en que se desenvuelven los derechos, con la consecuente despolitización de la lucha. Al entregar a los sistemas de protección la solución de un conflicto de intereses en cuyo extremo opuesto se encuentra el Estado, la reclamación social se convierte en un alegato jurídico y los actores sociales quedan parcialmente al margen de la discusión, que adquiere un carácter técnico-jurídico. Llevar una causa a un estrado judicial implica depositar la confianza en la solución que defina el juez como tercero independiente, perdiendo valor la movilización como medio de presión para la conquista de las reivindicaciones.

Cuando las luchas sociales que confrontan al modelo dominante dependen del activismo jurídico, no sólo legitiman al Estado -del cual forma parte integral el sistema judicial- sino que quedan atrapadas en una suerte de paternalismo liberal que inhibe a la movilización y aleja el horizonte de la transformación social.

Por ello resulta más eficaz la politización de las causas sociales en el sentido de visibilizar los trasfondos que dan origen a la reclamación (la exclusión, la desigualdad, la opresión), antes que ocultarlos con su juridización. Pero no por ello se trata de renunciar al reclamo jurídico. El discurso de los derechos y los sistemas de protección pueden utilizarse con un sentido emancipador y, en cualquier caso, de manera complementaria o subsidiaria de la acción política. En muchas ocasiones las decisiones tomadas por los sistemas de protección de los derechos se convierten en una fuerza simbólica que motiva y legitima la lucha social (Uprimny; García: 2004). Pero no es ello lo que generalmente ocurre pues la judicialización de la causa la somete a las reglas de juego establecidas por un sistema que auspicia las desigualdades sociales, al tiempo que pregonan la igualdad. Entre estas reglas están las procedimentales que limitan la intervención social y conducen a que el curso de la acción quede a iniciativa de los expertos, bajo parámetros estrictamente jurídicos que deslegitiman a la acción política mientras el juez resuelve la causa.

El reto está entonces en pensar la exigibilidad jurídica en una perspectiva política y como una herramienta más de la lucha social. La perspectiva política en el uso de herramientas jurídicas pasa por enfocar el debate en las causas que originan el conflicto de intereses, más que en sus efectos; pasa también por mantener visibles y activos a los sujetos que reclaman y son parte de un conjunto poblacional más amplio, involucrando a otros sectores que de otra manera también son afectados. Con esto se contribuye a evitar la individualización de las luchas y a fortalecer la conciencia popular.

En la ficha de sistematización del caso que nos ocupa, se describe la forma como se articuló el Colectivo de Abogados a los procesos sociales y cuáles fueron sus aportes desde entonces:

El CCAJAR inicia el acompañamiento a la comunidad del Tabaco en el 2003 cuando conoce de su grave problemática, a raíz del contacto que establece con las comunidades afectadas y los asesores jurídicos. Comienzan entonces las primeras valoraciones, dentro de las cuales plantea a la comunidad la necesidad de llevar a cabo una defensa integral de exigibilidad jurídica de sus derechos, que fuese aparejada con acciones de exigibilidad social, cultural y política. La estrategia que ha sido progresivamente aplicada, no ha dado los resultados esperados debido a factores como el favorecimiento y la creación de espacios propicios de desigualdad por parte del Estado colombiano, que siempre benefician a las empresas multinacionales en la Guajira. (CCAJAR; Comunidad del Tabaco: 2010).

La experiencia de articulación del Colectivo de Abogados con los movimientos sociales para apoyar los procesos de reclamación de los derechos, logra un equilibrio entre la lucha social y el trabajo de representación jurídica. Pero además, en el caso del Tabaco, le aporta una dimensión a la resistencia social a la que sería difícil el acceso por parte de la comunidad aislada, como es el activismo socio-jurídico cosmopolita que abordaré en breve.

El CCAJAR comenzó a ejecutar una serie de trabajos de campo para documentar lo sucedido en un proceso de reconstrucción de la verdad y de la memoria colectiva. Se hizo esto a partir de talleres y entrevistas individuales a los habitantes del Tabaco, desplazados en los municipios de Albania y Hatonuevo. Se hicieron censos de la gente afectada e inventarios de las pérdidas materiales generadas por las acciones violentas durante el desalojo.

En estos acercamientos se evidenció un desconocimiento de la comunidad sobre sus derechos y los mecanismos para exigirlos, por ello las visitas de campo debieron encontrar también espacios para la formación en temas como los derechos humanos y en particular de los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales; así como en herramientas jurídicas para su protección, este proceso pedagógico debió incluir talleres sobre la composición del Estado y su funcionamiento. (CCAJAR; Comunidad del Tabaco: 2010).

Del proceso de formación surgió la necesidad de las comunidades de sistematizar sus necesidades y reivindicaciones. Por ello se promovió la elaboración de un pliego único de peticiones para las empresas y frente al Estado, donde se consignaron los intereses de las víctimas y de las comunidades vecinas amenazadas por la mina. En algunas denuncias firmadas por la Junta Social de Reubicación del Tabaco, se encuentran estas reivindicaciones:

- Se dé cumplimiento inmediato y efectivo a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia;
- Se nos reubique inmediata y satisfactoriamente;
- Se nos asigne un territorio adecuado a nuestras exigencias de sostenimiento, conforme a nuestra cultura y tradiciones y respetuoso de nuestra soberanía alimentaria y desarrollo agrícola;
- Se nos garanticen nuestros derechos humanos integrales, incluso los económicos, sociales, culturales, ambientales;
- Se nos garanticen nuestros derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral;
- Se desenmascaren los intereses ocultos, las pautas de complicidad, las estructuras criminales que rigen al actuar de quienes son los responsables de la violación de nuestros derechos y del genocidio cultural del cual somos víctimas.

El contenido del lenguaje usado en los comunicados y denuncias hechos por la Junta Social de Reubicación, a partir del año 2003, evidencia sin duda una ampliación de la conciencia (“derivada”) sobre los derechos de la comunidad, fortalecida por la alianza con el CCAJAR.

Esta dinámica ha conducido a reformular permanentemente las acciones de acuerdo a los cambios de contexto generados por las acciones de la empresa y el Estado, por ejemplo, cuando la empresa y el gobierno empezaron a utilizar estrategias de estigmatización de los líderes y pobladores se generaron denuncias a todos los niveles desde rol jurídico pero también desde campañas sociales con el objetivo de invalidar la estrategia; ante la estrategia de la empresa de dividir a las comunidades locales, se han generado acciones de cohesión a través de la elaboración conjunta de reivindicaciones mencionadas en el apartado anterior y el desarrollo de talleres de educación popular en el que se resalten las identidades culturales comunes, propiciando diálogos abiertos y el fomento de las confianzas.

La elaboración de planes de trabajo ha incorporado además de las acciones de denuncia, de prevención y reparación, buscando descentralizar la problemática de Tabaco a dimensiones nacionales e internacionales (CCAJAR; Comunidad del Tabaco: 2010).

La estrategia de acompañamiento de CCAJAR también buscó darle efectividad al trabajo de denuncia y promoción política del caso. Para esto se realizaron videos y propaganda audiovisual con el objetivo de difundir la problemática y sumar esfuerzos de otras comunidades y organizaciones. Ha sido permanente la participación de los líderes en foros y encuentros nacionales, el establecimiento de acuerdos con el sindicato de la empresa (SINTRACARBON) para entrelazar las luchas y acciones internacionales de denuncia contra las multinacionales implicadas en los hechos.

Esas acciones de denuncia y de movilización han sido importantes para presionar el acuerdo entre las comunidades desalojadas, la empresa y el municipio de Hatonuevo. Los acuerdos no se han cumplido con diligencia por parte de la empresa y del municipio que han encontrado justificaciones en la falta de recursos y políticas públicas para adelantar las adecuaciones necesarias para la reubicación del poblado. Han tardado los estudios para el establecimiento del nuevo poblado en el terreno donado por la empresa, los primeros estudios arrojaron un resultado negativo por la presencia del tubo del gasoducto que impedía la materialización del proyecto en estos terrenos. Mientras tanto se han prolongado las consecuencias del desplazamiento de las familias del corregimiento del Tabaco de su territorio ancestral.

5.5.1.2. El activismo socio-jurídico cosmopolita del Tabaco en la OCDE

Así como las dinámicas de la acumulación del capital han integrado a las fuerzas del mercado en el espacio y en el tiempo a escala mundial, las luchas sociales se han configurado también como un “contrapoder global” (Ramonet: 2001) o una “mundialización de las resistencias” (Amín; Houtart: 2003).

Con el concepto de activismo socio-jurídico cosmopolita identifico las luchas que han tomado el derecho internacional y global como elemento central de sus resistencias. Se ha constatado la existencia de un sujeto colectivo que actúa en el campo del derecho global, activando los mecanismos de acceso a la justicia disponibles en el amplio espectro del pluralismo jurídico internacional, para debatir situaciones de violación a los derechos humanos de las comunidades afectadas por proyectos de desarrollo.

Este sujeto está compuesto por miembros de movimientos sociales y organizaciones no gubernamentales locales, nacionales e internacionales que conforman redes que se articulan alrededor de causas emblemáticas de derechos humanos, medioambiente, de género y étnico-territoriales, principalmente. Se caracteriza tal sujeto por estar ubicado fundamentalmente en países del Sur global y por realizar alianzas con instituciones y organizaciones expertas en cabildeo o litigio internacional, que despliegan su acción en los lugares donde funcionan las instituciones ante las cuales se denuncian los casos.

Tales alianzas facilitan la movilización de complejos recursos humanos, económicos, políticos y jurídicos que inmediatamente no están al alcance de las víctimas de los proyectos de desarrollo, ni son fáciles de conseguir en los territorios donde ocurren las violaciones a los derechos humanos.

En el caso del Tabaco, el activismo socio-jurídico cosmopolita recurrió al mecanismo de las Directrices de la OCDE, gracias a las alianzas internacionales que posibilitó el Colectivo de Abogados.

En el proceso de sistematización del caso, se logró evidenciar dos vertientes del activismo socio-jurídico cosmopolita. La primera de carácter político, ha denunciado los hechos del desalojo del Tabaco a nivel internacional, para lo cual se organizaron visitas de los líderes

a los países matrices de las multinacionales (Estados Unidos, Inglaterra, Suiza y Alemania) donde interlocutaron directamente con las directivas de las empresas, y buscaron la solidaridad de movimientos sociales. La segunda vertiente del activismo del Tabaco es de tipo jurídico, ésta logró poner el caso del corregimiento en los Puntos Nacionales de Contacto de Suiza y de Australia.

La decisión de acudir al mecanismo de la OCDE fue motivada por la negligencia y la falta de voluntad del Estado colombiano para garantizar la vida y protección de los pueblos ancestrales de la Guajira, agredidos o amenazados en sus derechos por la expansión del proyecto minero del Cerrejón. Las permanentes denegaciones de justicia que mantienen un alto grado de impunidad en el caso que se estudia, abrió el camino para acudir a otras instancias de reclamación.

La preparación de la denuncia internacional se hizo con la colaboración de las organizaciones Grupo Suiza-Colombia y de la Red Internacional de Minas y Comunidades (Pérez: 2010). De acuerdo con la sistematización del caso hecha por el CCAJAR, el proceso se surtió de la siguiente forma:

Siguiendo los lineamientos de la OCDE se estableció comunicación con los Puntos de Contacto Suizo y Australiano, con el objetivo de que estos realicen un llamado a cada una de las empresas matrices dueñas del Cerrejón S.A. y se logre que estos Estados determinen que sus empresas han actuado y continúan actuando por fuera de los parámetros fijados en lo que ellos denominan "Lineamientos para las Empresas Multinacionales". El objetivo principal es evidenciar ante instancias internacionales la grave violación de la que han sido víctimas no sólo la población del Tabaco sino otras cercanas (...), así pues se espera que esta presión internacional lleve a las multinacionales a adoptar una postura acorde con los deberes que aún no han cumplido, pues somos conscientes que un mal comportamiento de una empresa multinacional reconocido a nivel mundial por una instancia como estas, le genera graves perjuicios a su imagen corporativa, que se traducen en efectos negativos para su economía, impacto que estamos seguros las empresas no están en condiciones de soportar. (CCAJAR; Comunidad del Tabaco: 2010).

Se presentaron finalmente dos denuncias: una de las comunidades de la Guajira contra Xstrata (el 4 de octubre de 2007) y la otra contra la multinacional inglesa BHP Billinton (el 26 de junio de 2007)¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Ver: http://oecdwatch.org/cases-es/Case_153?set_language=es

- **Comunidades colombianas vs. Xstrata y BHP Billiton**

La denuncia describió que el Cerrejón es de las mayores minas carboníferas a cielo abierto del mundo, copropiedad de BHP-Billiton (Australia), Anglo-American (Reino Unido) y Xstrata (Suiza).

Se describió que El Cerrejón estaba despoblando un área extensa de la península de La Guajira donde funcionaba la mina, y era responsable de la destrucción de un pueblo de 200 años: El Tabaco, cuya población había sido expulsada forzosamente del territorio y expropiada de forma encubierta. Se detallaron las estrategias de “estrangulación” de otras cinco comunidades residentes en la zona minera, mediante acciones de la empresa que buscan hacer inviable la vida en la región forzando a la poblaciones a abandonar el territorio, por ejemplo, impidiendo el normal acceso de la gente a las fuentes de agua y a las áreas de producción agropecuaria, o limitando el tránsito por caminos tradicionales, todo en medio de fuertes efectos sobre la salud humana por la contaminación del aire. Los reclamantes describieron las violaciones a múltiples derechos humanos y colectivos de las comunidades étnicas guajiras, debido a los procesos irregulares para su desalojo y por la falta de la consulta previa del Convenio 169 de la OIT, ratificado por el Estado colombiano.

La organización Oecdwatch se refiere al procedimiento seguido ante estos Puntos Nacionales de Contacto, en estos términos:

El 9 de octubre de 2007, el PNC del Reino Unido organizó en Londres una reunión con la gestión local de la empresa Cerrejón Coal, los PNC de Australia y Suiza, las otras compañías involucradas y los reclamantes. Las compañías anunciaron que el Cerrejón había puesto en marcha una revisión independiente para proporcionar una evaluación de su compromiso social.

Dado que la revisión independiente debía hacer frente a cuestiones similares a las planteadas en el reclamo, el PNC propuso que se suspendiera el caso basado en las Directrices, hasta que la revisión independiente publicara su informe en marzo de 2008.

El informe de la revisión independiente fue publicado en febrero de 2008 y presentó numerosas recomendaciones sobre las medidas que Cerrejón deberían tomar para mejorar su relación con la comunidad local y para resolver los problemas subyacentes. Cerrejón aceptó la mayoría de las recomendaciones.

En julio de 2008, el PNC australiano envió un bosquejo de declaración final a las partes involucradas para que formularan observaciones. BHP Billiton y Xstrata afirmaron que la gestión local de Cerrejón tenía la capacidad y los conocimientos necesarios para llevar a cabo un adecuado proceso de reasentamiento y que no había necesidad de una mediación hecha por terceros. Sin embargo, la opinión de los reclamantes fue que, aunque el proceso de reasentamiento está planeado, aún no se

ha acordado con las comunidades ningún método de negociación y participación, ni la comunidad tiene una mejor capacidad de negociación.

Un resultado positivo del asunto fue el acuerdo de diciembre de 2008 alcanzado entre la empresa Cerrejón Coal y el corregimiento del Tabaco, que incluye contribuciones a indemnizaciones de 1.8 millones de dólares y otros 1.3 millones de euros para proyectos de sostenibilidad. Aún no se ha logrado un acuerdo similar para las otras cinco comunidades afectadas.

Los reclamantes solicitaron a los PNCs realizar investigaciones factuales en Colombia, ya sea en persona o a través de sus respectivas embajadas. Desafortunadamente, el PNC suizo respondió que no contaba con los recursos humanos o financieros para llevar a cabo una investigación local o un proceso de mediación, y que hacerlo sería una violación de la soberanía nacional. El PNC dejó claro que no tenía fondos para realizar trabajos en Colombia y que tampoco creía que éstos fueran parte del mandato de un PNC. Esto parece estar en contradicción con los planteamientos de los PNCs del Reino Unido, Holanda y Argentina. El PNC suizo sostuvo además que las embajadas locales no pueden llevar a cabo las funciones de los PNCs. El PNC suizo mencionó que esto puede cambiar después de la próxima revisión de las Directrices y la Guía de Procedimiento.

El PNC australiano celebró reuniones adicionales con la empresa BHP y los reclamantes con base en Australia. El PNC, las empresas y los reclamantes estuvieron de acuerdo en que las cuestiones relativas a la comunidad de Tabaco han sido resueltas satisfactoriamente. Sin embargo, las negociaciones sobre los posibles reasentamientos para las otras cinco comunidades aún estaban en marcha. Tanto el PNC australiano como los reclamantes expresaron preocupación por la falta de progreso en las negociaciones en curso. Los reclamantes solicitaron la designación de un facilitador para el proceso de reasentamiento, lo que las empresas rechazaron. En última instancia, como un compromiso propuesto por el PNC australiano, las empresas estuvieron de acuerdo en que una parte externa realizara un proceso para supervisar las negociaciones e informar sobre los progresos realizados. Social Capital Group (una organización peruana) fue designada para esta función. Cerrejón también nombró un nuevo Director de Responsabilidad Social para reemplazar a BHP's Group Manager for Community Relations.

El PNC suizo apoya la declaración final del PNC australiano y la toma como base para cerrar formalmente la instancia específica. Los reclamantes objetaron el cierre, porque las preocupaciones de las otras cinco comunidades no han sido resueltas y no se ha logrado casi ningún progreso relacionado con el reasentamiento. La declaración final del PNC de Australia reconoce estos hechos.

En las decisiones obtenidas ante los PNC de Suiza y Australia se observan claramente los puntos débiles que describí sobre este mecanismo en el capítulo tres. No se encuentra en el pronunciamiento ninguna posición de los PNC respecto a las violaciones a los derechos humanos de las comunidades, ni se confronta de fondo la actuación de las empresas con las Directrices. Se confía en cambio en que las soluciones se hallarán en las medidas de responsabilidad social empresarial que aceptaron las empresas, entre ellas en las recomendaciones de un Panel Independiente de Revisión que El Cerrejón aceptó acatar.

Por esta razón es que afirmó que el activismo socio-jurídico cosmopolita -como resistencia al modelo de acumulación por despojo de la globalización hegemónica- sólo produce efectos simbólicos y políticos cuando acude a los sistemas jurídicos del *soft law*, siendo

más eficaz para la acción colectiva acudir a los sistemas de protección de los derechos humanos (internos e internacionales), que cuando actúan con independencia son más idóneos para la protección de los derechos de las víctimas.

De forma adicional, la lucha por la protección de los derechos no puede depender de la estrategia jurídica exclusivamente sino que ésta debe hacer parte de una lucha social más amplia desde lo local, que a través de la movilización popular y de la incidencia en las políticas públicas, afirmen posibilidades de ejercicio de los derechos y de control social sobre el territorio.

Tiene razón el CCAJAR cuando insiste en la sistematización del caso, que pese a las frustraciones obtenidas hasta ahora en la exigibilidad de los derechos de las víctimas, se debe persistir en el enfoque de derechos:

Creemos también que es importante denunciar al Estado colombiano ante instancias internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por la violación de derechos tanto civiles y políticos como por los derechos económicos, sociales y culturales:

-Derecho a la vida.

-Derecho a la seguridad Personal.

-Derecho a la no injerencia en la vida privada, la familia y el hogar.

-Derecho a una vivienda adecuada: como presupuesto necesario para garantizar entre otras cosas la dignidad humana de las personas ex habitantes de Tabaco en calidad de desplazados;

-Derecho a la salud: recogido en instrumentos internacionales que indican que este derecho hace parte de un nivel de vida adecuado y que para los niños y personas de la tercera edad en Colombia hace parte de los derechos fundamentales, que fue vulnerado por el Estado colombiano al evidenciar las enfermedades que ha padecido gran la población de Tabaco y otras comunidades de la Guajira causadas por el polvillo del carbón, los gases carboníferos y el agua de los ríos contaminada por la minería.

-Derecho a un medioambiente sano: que en el marco del principio No1 de la Declaración de Estocolmo significa que: “el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, igualdad y condiciones adecuadas de vida, en un ambiente con una calidad que le permita vivir con dignidad y bienestar; y, tiene la responsabilidad de mejorar y proteger el medio ambiente para las presentes y futuras generaciones”.

-Los derechos culturales: que implican el reconocimiento de una identidad cultural propia, perdida por la comunidad de Tabaco con su desalojo.

-Los derechos relacionados con la tierra: que tienen que ver también con derechos como el trabajo, la alimentación, la vida, la salud, la cultura, entre otros, negados todos por el megaproyecto carbonífero. (CCAJAR, Comunidad del Tabaco: 2010).

Está pendiente en el proceso de exigibilidad, la reivindicación de los derechos de matiz étnico afrocolombiano, en especial los que tienen que ver con la territorialidad ancestral y la consulta previa¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Estos derechos afrocolombianos se encuentran entre otras normas en las siguientes:

5.5.1.3. Capitales económicos en juego: desposesión vs. reparación integral

Otro de los capitales que juega en el caso y que es sin duda el origen del conflicto es el capital económico, que marca percepciones divergentes en la lucha por el territorio del Tabaco. Mientras para las multinacionales la cuestión es la acumulación por desposesión, para las víctimas la apuesta está en las reparaciones integrales frente al desalojo y en la garantía de sus derechos sociales y colectivos.

El modelo de acumulación por desposesión de la globalización hegemónica se refleja con toda nitidez en caso del Tabaco. Aparte de que las multinacionales se apropian del territorio y de sus recursos naturales, su interés no para allí. La acumulación por despojo implica además que la explotación de los recursos se efectuó en condiciones de desregulación

-En el artículo 63 constitucional que establece: “las tierras comunales de grupos étnicos son inalienables, imprescriptibles e inembargables”.

-En el artículo 330 constitucional donde se dice que: “La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

-En la Ley 21 de 199, mediante la cual se aprobó el Convenio 169 la OIT, en la cual se consagran de manera amplia los derechos a la autodeterminación cultural, territorial, política y social de los grupos étnicos.

-En la Ley 70 de 1993, que establece los derechos específicos y diferenciados para la población afrodescendiente en Colombia, sobre la base de su reconocimiento étnico, cultural y territorial.

-En el Decreto Reglamentario 1745 de 1995 que reglamenta el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las “Tierras de las Comunidades Negras” (Capítulo III de la Ley 70 de 1993).

-En el Decreto 1320 de 1998 que reglamenta el procedimiento de la consulta previa en las comunidades indígenas y negras, especialmente frente a la explotación de los recursos naturales dentro de sus territorios.

-En el artículo 76 de la ley 99 de 1993 que señala: “La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades”.

-En la Ley 22 de 1981, aprobatoria de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.

normativa, lo que supone ningún control público frente al cumplimiento de estándares laborales, ambientales y fiscales que impidan la exportación neta de sus ganancias, ámbitos en los cuales ocasionan serias violaciones a los derechos humanos (Ferro: 2012, 88 y ss).

Por ejemplo, la magnitud de la evasión fiscal de las multinacionales carboníferas es enorme. Durante el primer gobierno de Uribe Vélez (2002-2006) se efectuó la liquidación jurídica de Carbocol, y de las funciones estatales que cumplía, entre las cuales se encontraba la de monitorear la cantidad de carbón extraída en cada municipio de la zona minera de la Guajira, factor decisivo para establecer los pagos de regalías (Wilches-Chaux: 2011,48).

A propósito de esta desregulación, el investigador Julio Ferro (2012, 85 y ss) reseña algunos estudios que indican que las compañías multinacionales mineras presentes en los departamentos de la Guajira y del Cesar, dejaron de pagar por exoneración de impuestos que hizo el Estado a la importación de combustibles líquidos que usan en sus actividades, un valor de 1.1 billones de pesos, en el periodo 2005-2010.

Por su parte el analista Rudas Lleras calcula que entre 2004-2007 por efectos de reducciones en el pago del impuesto a la renta, las empresas carboníferas tuvieron en el país un descuento anual promedio de 200 mil millones de pesos (Rudas: 2012, 163).

Es indicativo de la falta de pago de regalías por parte de las empresas minero-energéticas, el siguiente análisis del profesor Rudas:

Durante los años para los cuales se dispone de información completa de regalías (2004 a 2011) esto se refleja en una situación en donde los impuestos potenciales no generales llegan a representar cerca de un 160, por ciento de las regalías efectivamente captadas por el sector en su conjunto. En el caso de los minerales preciosos (principalmente el oro) esta situación es realmente extrema: los impuestos no pagados cuadruplican el valor de las regalías recibidas, Sin embargo, tampoco es despreciable en hidrocarburos y carbón: el impuesto a la renta no causado por el sector petrolero representa más de un 150 por ciento de las regalías generales por el sector; y en el caso del carbón estos impuestos no causados duplican las respectivas regalías que si se pagan (Rudas. 2012, 174).

Las multinacionales se quedan con todo: territorio, recursos y ganancias netas. Para evitar su desprestigio acuden a códigos de buena conducta y de responsabilidad social empresarial a través de los cuales resaltan las bondades del desarrollo que traen con sus actividades, y disponen soluciones paliativas a los perjuicios que causan. No puede esperarse mucho de la responsabilidad social empresarial para materializar una auténtica

protección a los derechos humanos, dado que la acumulación por desposesión es inversamente proporcional al bienestar de las personas y de las comunidades.

Por el lado de las víctimas, el factor económico ha girado en torno a reivindicaciones sobre reparaciones integrales por los daños acaecidos con el desalojo. Este interés es manifiesto en las actas de la negociación y en el acuerdo de cooperación firmado por la organización comunitaria con el municipio de Hatonuevo y El Cerrejón el día 29 de octubre de 2008¹⁵⁹, en el que se incluyen los siguientes puntos:

-El objeto del convenio de cooperación es “unir esfuerzos” entre las partes para la reconstrucción de Tabaco, en cumplimiento de lo ordenado en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 7 de mayo de 2002.

-Como obligaciones del municipio (numeral 2.1) se enuncian: estructurar en el plan de desarrollo (2008-2011) las apropiaciones presupuestarias necesarias para la reconstrucción del Tabaco; estructurar un esquema de ordenamiento territorial con proyección urbanística y de servicios públicos que garantice la reconstrucción del poblado; contratar obras, estudios y demás actividades necesarias para las obras y suministro de servicios públicos a los lotes de terreno que se destinen para la reconstrucción; y gestión con la Gobernación de la Guajira y otras entidades del Estado para poner en marcha un plan de vivienda en beneficio de los miembros del Tabaco.

-Como obligaciones del Cerrejón (numeral 2.3) se estipularon:

(i) Adquirir y entregar al Municipio un lote localizado en la jurisdicción del Municipio de Hatonuevo con destinación exclusiva a la reconstrucción de Tabaco. Para la selección del predio, deberá tenerse en cuenta de manera particular, la facilidad para el municipio de suministro de servicios públicos, procurando que sea lo menos gravoso para el ente territorial. (ii) Realizar las obras de adecuación de los lotes y el trazado vial del predio. (iii) Construir a su cargo de manera exclusiva, con el suministro de los servicios públicos conforme con los términos de este mismo convenio un (1) Centro Comunitario cuyo diseño será concertado con la Junta de Tabaco... (Convenio de cooperación: 2008).

¹⁵⁹ “Convenio de cooperación celebrado entre el municipio de Hatonuevo, la Junta Social Pro-reubicación de Tabaco y Carbones del Cerrejón Limited para la ejecución de los acuerdos de la comunidad del Tabaco”. 2008. Mimeo.

Llama la atención la cláusula quinta sobre las causas de terminación del convenio: *“El presente convenio puede ser terminado antes de la ejecución completa de su objeto si cualquiera de las partes intervinientes incumple con alguna de las obligaciones aquí contraídas, toda vez que cualquier incumplimiento no hará posible alcanzar su objeto”*. El tono de esta cláusula demuestra la debilidad del acuerdo, sometido al albur de la voluntad de las partes sin que implique ningún tipo de plazo, coercibilidad o sanción.

De otro lado, en ninguna parte de este convenio (que es a donde más lejos han llegado las víctimas del Tabaco en la exigibilidad de sus derechos) se reclaman reparaciones integrales relacionadas con los siguientes aspectos:

-El desalojo forzoso del Tabaco por el megaproyecto minero recayó sobre una comunidad afrocolombiana con un territorio ancestral, especialmente protegida por la Ley 21 de 1991 que aprobó el Convenio 169 de la OIT y por la Ley 70 de 1993 sobre derechos étnicos de las negritudes.

-Tampoco se cuestiona que el desalojo haya sido realizado sin la práctica de una consulta previa obligatoria en estos casos, según lo establecido en la Ley 70 de 1993 y en el Convenio 169 de la OIT. Aún cuando se haya producido tal violación flagrante a este derecho fundamental de las comunidades étnicas, el Estado no está eximido de realizar la consulta previa para determinar las condiciones de reubicación y reconstrucción del poblado.

-No se toca el problema de la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de la sentencia de mayo de 2002 de la Corte Suprema de Justicia.

-No se contemplan las reparaciones por los daños hechos a la permanencia en el territorio ancestral, ni por la destrucción del tejido social y de la identidad étnica y cultural de los habitantes.

-La destrucción de la comunidad y su desterritorialización ha significado para la mayoría de sus habitantes la pérdida de los medios de subsistencia, el hambre, la frustración de los proyectos de vida colectiva, afectaciones psico-sociales y a la salud, entre otros menoscabos a los derechos sociales. Estos daños no pueden ser remediados con las políticas ordinarias

y generales del plan de desarrollo municipal, sino que requieren que el Estado haga políticas de reparación específicas para estas víctimas (Uprimny; Sánchez: 2010).

-Tampoco pueden ser consideradas medidas de reparación integral para la gente del Tabaco las acciones asistencialistas o paliativas que El Cerrejón lleva a cabo por medio de su estrategia de responsabilidad social empresarial, encargada en gran parte a la Red Endógena de Tabaco¹⁶⁰. La efectiva propaganda alrededor de esta estrategia hizo que la funcionaria del Cerrejón, asesora de la política de responsabilidad social empresarial, Alexandra Guáqueta, fuera promovida por el Estado colombiano como delegada ante el Grupo de Trabajo de Derechos Humanos de Empresas Transnacionales de Naciones Unidas.

La idea de una reparación integral a las víctimas del desarrollo es débil en el proceso social del Tabaco, pero lo es más en el derecho internacional. No existe hasta hoy ningún documento de principios o normativo que explicita claramente cuáles son los contenidos específicos de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas del desarrollo. Cosa contraria ocurre con las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos o por infracciones del derecho internacional humanitario, para las cuales se han desarrollado documentos tan decisivos como los llamados “principios Joinet”¹⁶¹ y los principios para obtener reparaciones¹⁶². Estas elaboraciones son un reto para la academia y el movimiento social, y una manera de transitar hacia regímenes jurídicos más sólidos frente a las también graves violaciones que causan las empresas transnacionales.

¹⁶⁰ En comunicado de prensa de diciembre 23 de 2008, El Cerrejón informaba que como resultado del acuerdo final entre Cerrejón y el Comité de Relocalización de Tabaco (CRT), se hicieron efectivos pagos a las familias de El Tabaco que representan el 43% de las indemnizaciones acordadas por valor de \$1,715 millones. Afirmaba la empresa que la Red Endógena de Tabaco desde 2007 empezó a crear numerosos proyectos socioeconómicos. Cerrejón. 2008. Boletín No. 1. Disponible en: http://www.cerrejon.com/site/Portals/0/Documents/pdf/tp/EL_CASO_TABACO/COMUNICADO_23_DIC.pdf

Es necesario aclarar aquí que estas “indemnizaciones” en su mayoría hacían parte de una fiducia en la que se habían consignado los dineros de las expropiaciones administrativas y judiciales de los predios, por lo cual no respondían a los daños colectivos ni a las violaciones a los derechos reclamadas por los pobladores.

¹⁶¹ Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Doc. ONU E/CN.4/2005/102/Add.1

¹⁶² Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. ONU AG Res. 60/147 del 16 de diciembre de 2005.

5.6. RESISTENCIAS AFROCOLOMBIANAS Y LOS DERECHOS ÉTNICOS EN EL CASO DEL TABACO

Revisaré ahora de manera sumaria los aportes del movimiento social de afrodescendientes al impulso del derecho nacional e internacional de derechos humanos en perspectiva étnica, y en segundo lugar, la manera cómo ha jugado la exigibilidad de los derechos afrocolombianos en el caso del Tabaco.

- ***Afrodescendientes y el derecho internacional***

Anteriormente he hecho mención a diferentes expresiones de los movimientos sociales alter-mundialista a que han incidido en las orientaciones del derecho internacional y de los nuevos espacios del pluralismo jurídico en el período de la globalización. Deseo ahora específicamente hacer mención a la manera como los movimientos sociales de afrodescendientes y de lucha contra la discriminación racial, han afectado a las agendas de derechos humanos en el mundo. El tema más decisivo para esta incidencia ha sido, sin duda, el de las reparaciones históricas.

El escenario reciente de mayor incidencia política del movimiento de afrodescendientes fue la III Conferencia Mundial de Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia celebrada en la ciudad de Durban (Sudáfrica) en el año 2001.

La III Conferencia dejó como resultados la Declaración de Durban y su Plan de Acción con una serie de propuestas para los Estados y las sociedades con el fin de enfrentar los problemas de racismo y discriminación racial en el mundo. Sin embargo, las pretensiones del movimiento social de afrodescendientes iban más allá de lo finalmente establecido en la Declaración como políticas de acción afirmativa. Muchas reivindicaciones relacionadas con las reparaciones históricas y simbólicas por causa de la esclavización, el colonialismo y la pobreza que afecta a los pueblos negros quedaron postergadas por sus profundas

implicaciones políticas, lo que conllevó al bloqueo de su discusión durante la Conferencia por varios países del Norte Global.

El tema de las reparaciones históricas ha sido muy controvertido y ha dado lugar a serias contradicciones en diferentes escenarios internacionales. Como propuesta política permitió a lo largo de los años noventa del siglo anterior, la confluencia de diferentes vertientes de los movimientos sociales de afrodescendientes del mundo, y se convirtió de paso en una reivindicación destacada de muchos gobiernos del Sur Global durante la Conferencia de Durban.

- ***La cuestión de la reparación histórica: breve balance***¹⁶³

El tema de las reparaciones a causa del racismo y de la esclavitud no es nuevo. En los últimos años ha resurgido con diferentes énfasis entre las organizaciones de afrodescendientes en Estados Unidos y ha cobrado importancia en algunas reuniones intergubernamentales y de la sociedad civil en África.

Las raíces históricas de las reparaciones se remontan a finales de los años sesenta. En 1968 Carmichel y Hamilton publican un libro titulado *Black Power*, en el contexto de la lucha por los derechos civiles en Estados Unidos, en el cual denuncian el racismo, entendiéndolo como toda práctica social y decisión política que por consideraciones de raza tiende a la subordinación de un grupo humano, manteniendo el control sobre él, bien de manera directa e individual (racismo abierto) o a través de mecanismos institucionales de carácter general limitantes de los derechos de los ciudadanos (racismo encubierto).

En mayo de 1969, James Foreman interrumpió un servicio religioso en New York para leer el llamado “Manifiesto Negro”, en el que exigía el pago de quinientos millones de dólares a las comunidades negras de la ciudad por parte de las iglesias blancas, debido a su

¹⁶³ Con base en Herreño: 2002. Esta reflexión fue incluida en el libro: Mosquera, Claudia; Pardo, Mauricio; Hoffmann, Odile. Editores. 2002. Afrodescendientes de las Américas. Trayectorias sociales e identitarias. 150 años de abolición de la esclavitud en Colombia. Universidad Nacional de Colombia, Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH), Institut de Recherche pour le Développement (IRD), Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA). Bogotá.

responsabilidad en el tráfico de esclavos y el mantenimiento del sistema esclavista en Estados Unidos, suma que, según el mismo manifiesto, era apenas una ínfima compensación económica comparada con las ingentes riquezas obtenidas por los blancos con la explotación de los negros.

La concepción de justicia compensatoria que subyace a los hechos comentados, es la misma que estuvo presente en las rondas de discusiones Norte-Sur a lo largo de la década de los setenta, en donde los países del Tercer Mundo propugnaron por una reorganización del sistema mundial de intercambios comerciales y económicos con los países desarrollados, proponiendo la adopción de un nuevo orden económico internacional. Si bien el componente del racismo no se usa para justificar el Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI), sí hay una conexión con éste cuando los países subdesarrollados atribuyen su condición de atraso a la herencia dejada por el colonialismo, que produjo profundas secuelas sobre la estructura productiva dependiente y las precarias condiciones de vida de las poblaciones (Sid-Ahmed: 1985, 218).

En la década de los ochenta el tema de las reparaciones apareció entre activistas del movimiento negro norteamericano que, aprovechando las letras de música *reggae* y algunas películas, comenzaron a reclamar las compensaciones prometidas por los abolicionistas del norte durante la Guerra de Secesión en la segunda mitad del siglo XIX.

Más recientemente, la cuestión de las reparaciones se ha promovido con intensidad por las misiones diplomáticas de Nigeria y de algunos países sudafricanos. Desde finales de los años noventa, y haciendo eco de los avances presentados en los procesos de indemnización realizado por los gobiernos alemán y japonés a las víctimas de la Segunda Guerra Mundial, los africanos han considerado justo que se realice una reparación económica por parte de los países desarrollados, en razón del colonialismo y la esclavitud a que fueron sometidos los pueblos negros en el pasado.

El debate fue retomado durante las discusiones sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional, cuando se abordó lo relacionado con su competencia para decidir el tipo de sanciones y formas de indemnización para las víctimas de los crímenes de lesa humanidad. Al discutir algunos delitos como la esclavitud, la deportación, el traslado forzado de población y el *apartheid*, la cuestión de las indemnizaciones por los crímenes cometidos en

el pasado recobró importancia en los foros internacionales. Sin embargo, se logró poco consenso frente a las propuestas de reparación, ganando fuerza en cambio las posiciones en contra, fundamentadas en el sentido de que si en los ordenamientos jurídicos de todos los países está proscrita la responsabilidad objetiva, no se puede reclamar a los descendientes de los esclavistas que paguen los perjuicios causados por otros en otras épocas de la historia.

Para concretar las reparaciones han surgido diferentes alternativas, algunas que van desde la idea de indemnizaciones individuales (como aquellas concedidas por los gobiernos de Alemania y Japón a las víctimas de la Segunda Guerra Mundial), hasta otras que reclaman soluciones colectivas expresadas en la forma de políticas públicas de acción afirmativa, en la anulación de la deuda externa de los países africanos o con presencia de población afrodescendiente, en cooperación para el desarrollo y en la exigencia de la devolución de las obras artísticas y culturales saqueadas por los esclavistas a los pueblos afro, entre otras.

En las reuniones preparatorias de las Naciones Unidas a la conferencia de Durban, algunos representantes gubernamentales de los países desarrollados afirmaron que las demandas de reparación no debería formar parte de la agenda internacional ni ser discutidas en la conferencia contra el racismo. Sostuvieron que este tema pertenece al pasado y prestarle alguna atención sólo sirve a intereses demagógicos que quieren favorecer sentimientos de odio y venganza interracial. Otras posiciones contrarias a la idea de una reparación con retroactividad expresan que la esclavitud no es el único factor que sirvió al desarrollo de las economías de los países del Norte y, en este sentido, no hay por qué pagar algo a quienes fueron utilizados como mano de obra, en unas circunstancias históricas superadas y que no pueden cobrarse hoy.

Los argumentos contra las reparaciones han tendido a desvirtuar la procedencia jurídica y política de esta propuesta por ser impensable la cuantificación de los daños individuales; se dice que es ilegítima la reclamación a la ciudadanía de los países industrializados por hechos ocurridos en circunstancias históricas superadas frente a las cuales no existe una responsabilidad directa. Y además porque la propuesta en sí estimula sentimientos de odio y venganza interracial, según los detractores.

El último escenario donde se debatió arduamente la cuestión de las reparaciones fue en la Conferencia en Durban, que concitó serias contradicciones entre las ONG y los movimientos sociales que impulsaron el tema y los representantes gubernamentales de los países europeos, Israel y los Estados Unidos que prácticamente vetaron la discusión, evitando así compromisos políticos y financieros. Lamentablemente la Declaración de la Conferencia apenas hizo una lacónica manifestación de arrepentimiento por el colonialismo y la esclavitud del pasado, quedando ausente del texto todo compromiso de los países desarrollados para reparar los efectos de los crímenes que cometieron contra la humanidad en tiempos no lejanos de la historia¹⁶⁴.

- **Las acciones afirmativas**

La experiencia de Estados Unidos en la aplicación de políticas de acción positiva (*affirmative action o positive discrimination*) en favor de la población negra desde la década de los años setenta, se ha convertido en un referente de justicia compensatoria ante la discriminación racial. Estas políticas son favorables pues han disminuido algunas prácticas sociales e institucionales de discriminación abierta y encubierta, en particular en áreas como el empleo y la educación. En contraste, en América Latina continúan presentándose prácticas raciales discriminatorias encubiertas a nivel general, hecho que se explica en parte porque persisten las “formaciones sociales racialmente estructuradas” (Hall: 1980. Citado en Silvéiro: 2001, 6)¹⁶⁵ heredadas desde el periodo colonial.

Las desigualdades sociales tienen un fundamento racial cuando los índices más bajos de calidad de vida se registran en áreas con mayoría de población negra. La exclusión social

¹⁶⁴ En el período post-Durban se organizaron en el año 2002 por parte de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, dos grupos de trabajo: uno sobre poblaciones afro-descendientes y otro sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, con el mandato de encontrar alternativas y formular recomendaciones a los Estados hacer efectivos los derechos humanos de las poblaciones afro, atacar y erradicar los fenómenos de discriminación, tráfico de personas, explotación y trabajos forzados, silenciando cualquier referencia a las reparaciones históricas. Ocasionalmente aparecen esfuerzos por recuperar la memoria histórica de la esclavización como es el caso de Resoluciones 62/122 (17 de diciembre de 2007), 63/5 (20 de octubre de 2008), y 64/15 (16 de noviembre de 2009), relativas al recuerdo de las víctimas de la esclavitud y de la trata transatlántica de esclavos. La resolución A/RES/64/169 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 19 de marzo de 2010 proclamó el “Año Internacional de los Afrodescendientes” en el 2011.

¹⁶⁵ Stuart Hall. 1980. Race, articulation and societies structured in dominance. En: Sociological Theories: Race and Colonialism. UNESCO. París. p. 305.

y la inclusión subalterna de estas poblaciones no pueden superarse a través de las leyes del mercado ni de políticas estatales de carácter universalista (Silvéiro: 2001). Esto sólo se alcanza con el diseño y la ejecución de políticas públicas con carácter específico para atender las necesidades y los derechos humanos de cada colectividad¹⁶⁶.

Quizá en esa perspectiva, las luchas de los movimientos sociales en América Latina se han dirigido a concretar el establecimiento de marcos jurídicos y políticos de discriminación positiva.

Las preocupaciones actuales del movimiento de afrodescendientes en América Latina y el Caribe post-Durban giran de manera general alrededor de dos asuntos fundamentales: las reivindicaciones de los derechos colectivos étnico-territoriales y las reivindicaciones identitarias y de inclusión como ciudadanía diferenciada (ILSA: 2010).

De un lado, ha sido persistente la movilización para la defensa y protección de los territorios ancestrales de las comunidades negras ante legislaciones y medios de protección judicial débiles, que han facilitado la intromisión en esos territorios de actores externos (empresariales o de otro tipo: colonos, refugiados, terratenientes o grupos armados) que amenazan el control étnico-cultural sobre los territorios y los recursos naturales existentes en ellos, desterritorializando a las comunidades y violando sus derechos colectivos. Ante estas circunstancias, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el derecho a la consulta previa han sido bases para la resistencia territorial de las comunidades.

¹⁶⁶ Las acciones afirmativas consisten en medidas legislativas y administrativas de carácter temporal que tienen el propósito de remediar situaciones de desventaja o exclusión de un grupo humano discriminado en algún aspecto de la vida social, para alcanzar la igualdad efectiva. El carácter de temporalidad es el elemento que diferencia a las acciones afirmativas de las obligaciones generales impuestas por los tratados de derechos humanos con el fin de garantizar las libertades fundamentales; dicho carácter también diferencia estas medidas afirmativas de las políticas estructurales de largo alcance que los Estados incorporan en desarrollo de los derechos, de ahí que su adopción se sujete a criterios de legitimidad, razonabilidad y proporcionalidad. A favor de las medidas afirmativas se argumenta que son útiles, entre otras cosas, porque sirven para compensar y reparar las injusticias históricas y la discriminación racial, contribuyen a crear diversidad y una representación proporcional de los grupos sociales, previenen la agitación social y redistribuyen oportunidades. Esta perspectiva ha sido acogida en algunos precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional de Colombia alrededor del principio de igualdad y no discriminación (Murillo: 2010, 107).

De otra parte, el movimiento social afrodescendiente ha liderado luchas por la identidad cultural y el reconocimiento político y jurídico de derechos basados en una ciudadanía diferenciada, que permitan la supresión del racismo y de las discriminaciones que afectan a la gente negra. La Convención Internacional de Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, ha sido el referente principal de la movilización social en estos aspectos y para el logro de medidas de acción afirmativa frente a las injusticias históricas y a la discriminación.

- ***Los avances organizativos y de los derechos afrocolombianos***

La Asamblea Nacional Constituyente se convirtió en un espacio de confrontación que abrió la posibilidad a distintos sectores de la sociedad civil de postular sus proyectos de nación. Para el movimiento indígena y afrocolombiano la Constituyente fue el escenario indicado para incluir sus derechos diferenciales; en este proceso la representación directa de los grupos étnicos estuvo a cargo del movimiento indígena ya que no se logró una representación propia del movimiento afrocolombiano, sin embargo, se consiguió que durante las deliberaciones de la nueva constitución existiera un acompañamiento permanente de un grupo de la Coordinadora Nacional de Comunidades Negras -CNCN-. Es preciso señalar que la inclusión del artículo transitorio 55 en la Carta Política de 1991 no fue tarea fácil. Implicó una activa movilización social -tomas, manifestaciones, múltiples foros, etc- y un acalorado debate con los distintos partidos políticos y fuerzas sociales representadas que no consideraban pertinente un artículo de esa naturaleza.

La dinámica organizativa que se generó en torno al proceso constituyente, sumado al trabajo realizado por las distintas organizaciones para reglamentar el artículo transitorio 55, finalmente desarrollado por la Ley 70 de agosto de 1993, consolida las relaciones entre las distintas organizaciones afro del país.

En el articulado de la Ley 70 de 1993 quedan recogidas tanto las aspiraciones de la vertiente étnico-territorial como de la vertiente anti-discriminatoria e identitaria del movimiento social afrocolombiano, generando a su vez un conjunto de acciones afirmativas que deben ser realizadas por el Estado. Entre ellas se encuentran:

- El reconocimiento de mecanismos para la protección de la identidad cultural de las poblaciones negras.
- El reconocimiento de la propiedad colectiva sobre las tierras baldías en las zonas ribereñas del Pacífico y de otras regiones geográficas en donde las comunidades negras desarrollan prácticas tradicionales de producción.
- El fomento del desarrollo económico y social de las poblaciones negras.
- La introducción de mecanismos de protección de la propiedad colectiva.
- Reglamentaciones previa consulta previa frente al uso colectivo y explotación de las áreas forestales, para el manejo y la conservación de los Parques Nacionales y para la definición de zonas de reservas naturales en territorios de propiedad colectiva.
- La participación de las comunidades afrocolombianas y ejercicio del derecho a la consulta previa frente a las decisiones que las afectan, en especial en lo relativo a legislaciones socio-económicas y culturales, uso y explotación de los recursos naturales en los territorios colectivos, estudios de impacto ambiental, entre otros.
- El derecho de prelación de licencia especial de exploración y explotación en zonas mineras de las comunidades negras, y mecanismos de control sobre los contratos de explotación minera y de protección de las zonas de explotación minera conjunta (indígenas y negros).
- El reconocimiento de los consejos comunitarios como formas de administración propias.
- El derecho a la etno-educación.
- La prohibición de toda práctica discriminatoria.

Estas prerrogativas han dado lugar a una densa reglamentación que ha constituido una política pública de afirmación positiva para las comunidades negras en el país. Sin embargo, no se ha logrado pasar en muchos aspectos de esta política de la simple consagración formal a las transformaciones reales de las discriminaciones multidimensionales que afectan a la población afrocolombiana.

Un impacto de la participación afrocolombiana hacia el proceso constituyente fue que en varias regiones del país a principios de la década de 1990 surgieron nuevos liderazgos. En la región del Pacífico se destacó el Proceso de Comunidades Negras (P.C.N.) y otros de carácter rural, que se fortalecieron en los años sucesivos en la lucha por la titulación colectiva y defensa de los territorios ancestrales y por el reconocimiento e institucionalización de los Consejos Comunitarios y del espacio de la Comisión Consultiva de Alto Nivel (Herreño: 2010b, 192).

El PCN, junto con otras organizaciones como la Asociación de Afrocolombianos Desplazados (AFRODES), ha jugado un papel notable en hacer visibles las consecuencias del conflicto armado sobre la población étnica, ocasionado por diferentes actores armados y por el desarrollo de megaproyectos en sus territorios colectivos.

Otras iniciativas de articulación a nivel nacional que surgieron, entre otras, son la Organización de Comunidades Negras (ORCONE) y la Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas (C.N.O.A). ORCONE cuenta con una trayectoria de más de 15 años y surge en la coyuntura de la Ley 70 de 1993 por la iniciativa de un grupo de docentes “afro” comprometidos con el impulso de la ley de negritudes. El énfasis de esta organización desde sus inicios ha sido la reivindicación y desarrollo de la etno-educación y también la reivindicación de los derechos de las comunidades negras, especialmente de la Región Pacífica.

Por su parte la CNOA surge en el año 2005 como una convergencia de 264 organizaciones afro (de mujeres, jóvenes, personas en situación de desplazamiento, Consejos Comunitarios y organizaciones urbanas) en la forma de una gran Minga o Tongá, que desde sus particularidades propenden por la defensa y la autonomía del pueblo afrodescendiente en Colombia. Las organizaciones integrantes de la CNOA se articulan en el nivel local o regional en 15 Mingas en diferentes regiones del país¹⁶⁷.

Estas organizaciones han tenido una creciente participación en espacios nacionales e internacionales de exigibilidad de derechos humanos. Esto les ha permitido tejer relaciones y solidaridades con otros pueblos étnicos regionales, en torno a agendas y problemas comunes; también el uso de los espacios e instrumentos internacionales de derechos humanos, muy particularmente el Comité de Naciones Unidas contra la Discriminación Racial, así como lograr visitas *in situ* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para constatar situaciones de violaciones a los derechos de las comunidades afrocolombianas.

¹⁶⁷ Cfr. <http://www.convergenciagnoa.org>

5.6.1. Los derechos étnicos en el caso del Tabaco

Aunque en el caso del Tabaco las víctimas del desarrollo carbonífero son comunidades afrocolombianas, y también indígenas Wayúu que habitan en otros corregimientos afectados por la expansión del Cerrejón (Tamaquitos, Guamachito, Provincial, Roche, Patilla y Chancleta), la exigibilidad de los derechos en perspectiva étnica fue posterior al desalojo y al proceso organizativo de resistencia. Esto no quiere decir que el proceso social carezca de un enfoque de derechos humanos desde el comienzo, efectivamente se denunciaron las múltiples violaciones a los derechos de las comunidades pero el énfasis étnico en las reivindicaciones fue débil al principio.

Quizá esta debilidad inicial en la exigibilidad de los derechos con perspectiva étnica obedeció fundamentalmente a la falta de información de las comunidades sobre los derechos específicos de que eran titulares como etnia, en particular de los derechos colectivos al territorio ancestral y a la consulta previa, que para el tiempo del desalojo no fueron suficientemente alegados; por ejemplo, no se habían planteado aún acudir al procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de sus tierras ancestrales, establecido en el decreto reglamentario 1745 de 1995, ni hacer efectiva la consulta previa con las comunidades étnicas frente a la explotación de los recursos naturales dentro de sus territorios (decreto 1320 de 1998).

Incluso no fueron argumentadas decididamente las violaciones a los derechos humanos de las familias desalojadas con fundamento en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 2106 (XX) del 21 de diciembre de 1965, y aprobada por la Ley 22 de 1981).

- ***Dos derechos fundamentales afrocolombianos violados: reconocimiento étnico y consulta previa sobre la explotación del territorio ancestral***

En la Constitución Política de 1991 se encuentra un núcleo duro de normas que reconocen y protegen derechos diferenciados para los grupos étnicos, en particular para los afrocolombianos:

-Derechos de identidad cultural: el Estado reconoce la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (artículo 7), la etno-educación y la enseñanza bilingüe (artículo 10, literal e; artículo 68, párrafo 5; artículo 55 de la Ley 115 de 1994); la libertad de conciencia y de cultos (artículos 18 y 19), la defensa del patrimonio cultural (artículo 72), la igualdad y dignidad de todas las culturas como fundamento de la nacionalidad (artículo 70). Además, la facultad de ejercer su propia justicia (artículo 246).

-Derechos de autonomía territorial: se reconoce el derecho de propiedad colectiva de los resguardos y se consideran estas tierras como inalienables, imprescriptibles e inembargables (artículo 63 C.P) y el artículo transitorio 55 constitucional que prescribió el reconocimiento:

(...) a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley... La propiedad así reconocida sólo será enajenable en los términos que señale la ley. La misma ley establecerá mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social.

Este artículo 55 transitorio fue la base para la creación de la Ley 70 de 1993 sobre derechos de las comunidades negras y específicamente para el reconocimiento de la propiedad colectiva de los territorios ancestrales (artículo 7 y Capítulo III de la Ley 70).

-Derechos de autonomía política y social: el derecho a elegir dos representantes por circunscripción especial a la Cámara de Representantes a las comunidades negras (artículo 176 párrafo 4), reglamentado mediante la Ley 70 de 1993 que además reconoció los Consejos Comunitarios como autoridades en los territorios colectivos (artículo 5), e incluso para el ejercicio autónomo de la justicia comunitaria (en la Ley 70 y en el Decreto Reglamentario 1745 de 1996, se establecen facultades a las autoridades étnicas en materia de administración de justicia como amigables componedores).

-Derechos ambientales y de control sobre la explotación de recursos naturales en sus territorios: derecho al goce de un ambiente sano (artículo 79), a conservar los recursos naturales a partir de una concepción de desarrollo sostenible (propio diríamos nosotros) y el derecho a consulta previa para la exploración y explotación de recursos naturales en territorios

indígenas (artículos 80 y 330; Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 de la OIT; artículo 76 de la Ley 99 de 1993)¹⁶⁸, entre otros.

En el caso del Tabaco está claro que los procedimientos utilizados para llevar a cabo el desalojo de la comunidad afrodescendiente de su territorio, se hacen al margen de la normativa étnica. En la misma forma se puede decir que las decisiones de responsabilidad empresarial adoptadas por El Cerrejón, para resarcir los daños a la gente del Tabaco, y que finalmente fueron avalados en los Puntos Nacionales de Contacto de la OCDE donde se llevó el caso, carecen del enfoque étnico y por lo mismo las violaciones a los derechos afrocolombianos cometidas por las multinacionales, siguen sin reparación.

Dentro de las situaciones que producen violaciones a los derechos afrocolombianos de la gente del Tabaco por incumplimiento de las obligaciones que tiene el Estado con la Constitución y los tratados internacionales, se pueden mencionar:

a) Falta del reconocimiento étnico:

Para el desarrollo de megaproyectos en un territorio habitado por una población con características diferenciadas, el Estado tiene el deber de reconocer su naturaleza étnica para escoger el marco normativo aplicable, que haga efectiva la protección especial de los derechos consagrados en la Constitución y en los tratados de derechos humanos.

El artículo 3 del decreto 1320 de 1998 “Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio”, es explícito en señalar cómo se adelanta el proceso de identificación de comunidades indígenas y negras:

¹⁶⁸ El artículo 76 de la Ley 99 de 1993 establece que: “La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades”. Con el decreto 1320 de 1998 se reglamentó la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio.

Cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda realizar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por comunidades indígenas o negras susceptibles de ser afectadas con el proyecto, le corresponde al Ministerio del Interior certificar la presencia de dichas comunidades, el pueblo al que pertenecen, su representación y ubicación geográfica. El Instituto Colombiano para la Reforma Agraria - Incora, certificará sobre la existencia de territorio legalmente constituido.

Las anteriores entidades, expedirán dicha certificación dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud que para el efecto haga el interesado en el proyecto obra o actividad, la cual contendrá:

A Identificación del interesado:

a) Fecha de la solicitud;

b) Breve descripción del proyecto, obra o actividad;

c) Identificación del área de influencia directa del proyecto, obra o actividad, acompañada de un mapa que precise su localización con coordenadas geográficas o con sistemas Gauss.

PARAGRAFO 1o. *De no expedirse las certificaciones por parte de las entidades previstas en este artículo, en el término señalado, podrán iniciarse los estudios respectivos. No obstante, si durante la realización del estudio el interesado verifica la presencia de tales comunidades indígenas o negras dentro del área de influencia directa de su proyecto, obra o actividad, deberá integrarlas a los estudios correspondientes, en la forma y para los efectos previstos en este decreto e informará al Ministerio del Interior para garantizar la participación de tales comunidades en la elaboración de los respectivos estudios.*

De acuerdo con la norma vigente al momento del desalojo del Tabaco, el Ministerio del Interior debía adelantar un estudio antropológico de identificación étnica de la población del Tabaco, hecho que no se realizó. Contrariamente, el Estado colombiano extendió en 1999 los derechos de explotación exclusiva de las minas del Cerrejón al consorcio de multinacionales hasta el año 2033, y el Ministerio de Minas y Energía mediante las resoluciones 80330 de 1998 y 80244 de 1999 declaró la expropiación de los terrenos del Tabaco bajo las figuras de la utilidad pública y del interés social, sin consideración alguna de los rasgos étnicos de la población y de la ocupación ancestral de dicho territorio.

Aunque la gente del Tabaco no tenía para estos años el reconocimiento étnico, por sus características socio-culturales e históricas es una comunidad negra definida en la Ley 70 de 1993, con ocupación colectiva del territorio. La ocupación colectiva se define como: *“el asentamiento histórico y ancestral de comunidades negras en tierras para su uso colectivo, que constituyen su hábitat, y sobre los cuales desarrollan en la actualidad sus prácticas tradicionales de producción”* (numeral 6, artículo 2 ley 70 de 1993).

Así que todas las actuaciones jurídicas llevadas a cabo por las autoridades locales y nacionales entre 1998 y 2001 para la expropiación territorial de las familias afrocolombianas del corregimiento del Tabaco, y que culminaron con el desalojo violento en agosto de 2001,

tenían que sujetarse estrictamente a los procedimientos establecidos en la Ley 70 y en Convenio 169 de la OIT¹⁶⁹.

A penas el 8 de marzo de 2003 la gente del Tabaco presentó ante la alcaldía municipal de Hatonuevo el acta de la asamblea de constitución del Consejo Comunitario del Tabaco, acto certificado por dicha alcaldía el 15 de septiembre de 2004. Según el artículo 5 de la Ley 70:

Para recibir en propiedad colectiva las tierras adjudicadas, cada comunidad formará un Consejo Comunitario como forma de administración interna, cuyos requisitos determinará el reglamento que expida el Gobierno Nacional.

b) Derechos territoriales y la consulta previa:

De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Sentencia Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, del 28 de noviembre de 2007), el territorio es el lugar donde las comunidades étnicas desarrollan su vida y es el espacio que les permite garantizar su supervivencia física y cultural. En la misma perspectiva, la Corte Constitucional ha reconocido el derecho al territorio de las comunidades afrocolombianas, negras, palenqueras y raizales, resaltando que la explotación de recursos naturales en sus territorios colectivos se debe hacer haciendo efectivo el derecho a la consulta previa, libre e informada para la protección de su integridad física y cultural (Corte Constitucional, Sentencias T-995 de 2003 y C-030 de 2008).

Frente a la explotación de recursos naturales en territorios étnicos que debe hacerse según el párrafo del artículo 330 sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de los grupos étnicos, es permanente la tensión con las voces del artículo constitucional 332 que dice: “El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables,

¹⁶⁹ En la sentencia C-169 de 2001 la Corte Constitucional explicó claramente a quiénes se aplica el Convenio 169 de la OIT, adoptando una interpretación amplia del término “tribal”. Estableció así dos elementos definitorios de los sujetos colectivos que son destinatarios del Convenio 169: uno *objetivo*, referido a la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos y diferenciadores de los miembros de un grupo frente a los demás sectores de la sociedad; y otro *subjetivo*, referido a la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad. Ambos elementos se encuentran presentes en la definición de comunidades negras que contiene el artículo 2-5 de la Ley 70 de 1993, por lo cual ellas se ubican el supuesto normativo del Convenio 169.

sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”.

La única fórmula adecuada encontrada hasta ahora para balancear estos dos intereses antagónicos, es el cumplimiento de la consulta previa. El Convenio 169 establece que:

En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades (artículo 15-2, Convenio 169).

En el Tabaco no cabe duda que las comunidades habitaban y poseían colectivamente un territorio ancestral, donde históricamente tuvieron sus actividades de subsistencia y desarrollaron una identidad cultural, por lo mismo, era una obligación jurídica para el Estado la protección especial de este territorio a través de la consulta previa. No obstante, por todo lo descrito en este estudio, ninguna autoridad cumplió con este deber y por el contrario, todas sus actuaciones estuvieron dirigidas a concretar la desposesión territorial del Tabaco en favor del poder de las multinacionales.

La consulta previa es un derecho fundamental¹⁷⁰, por lo mismo el Estado colombiano debió iniciar un proceso de consulta previa, con un procedimiento idóneo, de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias (artículo 17 Decreto 1320 de 1998). Este procedimiento debía garantizar a la gente del Tabaco información completa y oportuna¹⁷¹ para valorar los impactos de todo orden que la implantación del megaproyecto carbonífero¹⁷² supondría para las comunidades y para sus derechos, dándoles la

¹⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencias: SU-039 de 1997, T- 652 de 1998, C- 620 de 2003, T- 382 de 2006, C- 030 de 2008.

¹⁷¹ “El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado” sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Surinam vs. Saramaka, p 42.

¹⁷² El artículo 1 del decreto 1320 de 1998 indica: “La consulta previa tiene por objeto analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio, conforme a la definición del artículo 2 del presente decreto, y las medidas propuestas para proteger su integridad”.

oportunidad de participar y decidir sobre el mismo. De igual forma, con el procedimiento de consulta el Estado (y las multinacionales) habría obtenido todos los argumentos necesarios para tomar una decisión objetiva y fundamentada, que en caso de ser positiva para el desarrollo del megaproyecto, debería haber sido acompañada de las medidas de prevención, mitigación, corrección o compensación de los impactos negativos de la minería sobre este territorio.

Nada de esto se hizo. Por tanto debido a que el Estado colombiano incumplió flagrantemente con la obligación de protección que le imponen los tratados de derechos humanos, según la cual debe evitar que terceros no estatales violen los derechos humanos, tiene responsabilidad directa en las violaciones múltiples a los derechos humanos de la gente del Tabaco. Pero el grado de responsabilidad del Estado aumenta cuando él mismo propició con sus resoluciones la expropiación de los territorios del Tabaco y con sus agentes expulsó por la fuerza a los habitantes, incumpliendo las obligaciones de respeto y cumplimiento de los derechos humanos.

El Estado al violar la Constitución y los tratados de derechos humanos que consagran los derechos étnicos afrocolombianos, negó de manera rotunda el acceso a la administración de justicia de las víctimas del Tabaco, y las compelió a enfrentarse a la justicia global corporativa regentada por la OCDE, en donde las multinacionales del Cerrejón acabaron de tejer la red de la impunidad que caracteriza al actual modelo de acumulación por desposesión. Aún falta por escribirse el capítulo de la verdad, la justicia y la reparación para estas víctimas del desarrollo.

Conclusiones

Hemos constatado a lo largo del estudio la emergencia de un pluralismo jurídico global, uno de cuyos rasgos distintivos es el funcionamiento por todo el mundo de varias instancias de justicia corporativa asociadas a las instituciones de la gobernanza neoliberal. Allí las víctimas del desarrollo están acudiendo para denunciar las violaciones de sus derechos por cuenta de las empresas multinacionales, o por causa de proyectos de desarrollo en sus territorios.

Los actores dominantes de la globalización económica, las instituciones financieras internacionales y las empresas multinacionales han reconfigurado el campo jurídico internacional, provocando una fuerte disputa al derecho público en la producción y aplicación de normas que involucran a los derechos sociales y colectivos, vulnerados cada vez más por las dinámicas del modelo global de acumulación por desposesión. Este campo jurídico de la gobernanza global se caracteriza porque funciona través de normas y procedimientos de baja juridicidad (*soft law*), basados en el principio de la voluntariedad.

Los obstáculos para el acceso a la justicia a nivel interno que tienen las víctimas del desarrollo, y la ausencia hasta ahora de tribunales internacionales de justicia para denunciar los crímenes corporativos, investigarlos y sancionarlos, ha llevado a las víctimas a recurrir permanentemente a los mecanismos de rendición de cuentas de *soft law* de las instituciones de la gobernanza neoliberal, buscando allí protección para sus derechos humanos y reparaciones frente a los daños. A esa acción colectiva de exigibilidad de los derechos por parte de las víctimas del desarrollo ante las instancias de la justicia global corporativa, la hemos denominado el activismo socio-jurídico cosmopolita.

El funcionamiento y la lógica de los emergentes mecanismos de resolución de conflictos de la justicia global corporativa, se hace bajo esquemas de “derecho blando” (*soft law*) basados en códigos voluntarios de responsabilidad social empresarial que desbordan los márgenes del derecho público internacional, y muy especialmente las obligaciones estatales contenidas en los tratados de derechos humanos. Observamos por ejemplo, que en sus procedimientos no existe una clara distinción entre juez y parte pues los inversores demandados son los que terminan decidiendo las reclamaciones de las víctimas del

desarrollo, perdiéndose así todo criterio de independencia en los procesos. Un par de hechos que demuestran la falta de imparcialidad en estos procesos en la justicia global corporativa, es que las víctimas no tienen oportunidad de controvertir las decisiones que se toman sobre la admisibilidad de los casos ni tampoco las soluciones de trámite o finales que se adoptan; siendo éstas siempre la expresión de medidas de responsabilidad social empresarial de carácter paliativo frente a los daños ocasionados, con base en las cuales las entidades financieras para el desarrollo y las empresas multinacionales, salvan su imagen pública pero no detienen los proyectos que auspician y son demandados.

Estudiados algunos de los mecanismos institucionales de la justicia global corporativa: las Directrices y Puntos Nacionales de Contacto de la OCDE, y los mecanismos de *accountability* del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo, se puede concluir que tales mecanismos poseen un bajo nivel de eficiencia para la protección de los derechos de las víctimas del desarrollo que acuden a ellos, y un bajo nivel de eficacia de sus resoluciones, pues sólo constituyen recomendaciones de cumplimiento voluntario, sin poder jurídico. Por lo mismo, siguen siendo las posibilidades (escasas) de acción jurídica las rutas más aconsejables para asegurar la protección de los derechos y las reparaciones que pretenden las víctimas.

De manera panorámica, en relación con los niveles de eficiencia e idoneidad de los mecanismos de la justicia global corporativa estudiados para la protección de los derechos humanos de las víctimas del desarrollo, nuestra investigación demostró que son abrumadoramente bajos; en general, no alcanzan a resolver la tercera parte de los casos que conocen. La investigación encontró los siguientes resultados, obtenidos del análisis de las bases de datos sobre los casos que se tramitan en cada uno de estos mecanismos:

Los casos radicados ante los Puntos Nacionales de Contacto a donde se denuncia las violaciones a las Directrices de la OCDE sobre empresas multinacionales y derechos humanos, se relacionan básicamente con violaciones a los derechos laborales (21,9%), a los derechos humanos sociales y territoriales (21,1%), con la contaminación de ecosistemas (26,5), con la corrupción en las actividades empresariales (5,2%) y con la construcción de infraestructura minero-energética (4,4%). Del total de 295 casos presentados en el período 2001-2019 de funcionamiento de este mecanismo de *soft law*, tan sólo encontraron alguna solución efectiva en los Puntos Nacionales de Contacto, una tercera parte (32,1%). De

entrada, 39.3% de las denuncias fueron rechazadas por insuficiencia en la información requerida o por incumplimiento de los requisitos de admisibilidad, pese a que se dice que es un mecanismo informal; 16,6% tendrían alguna posibilidad de ingresar al trámite si se complementan las denuncias y 12.2% de las mismas se frustraron de forma definitiva por diferentes razones. O sea, que sumadas las denuncias rechazadas (116) y las frustradas (36) durante su trámite, 152 denuncias no recibieron ninguna atención por parte de los Puntos Nacionales de Contacto, lo que equivale a 51,2% de los reclamos presentados, sin contar los 48 casos pendientes a 2018.

En los mecanismos de la *accountability* externa del Banco Mundial, la eficiencia también es escasa. Por ejemplo, el Panel de Inspección de la Sociedad Civil que conoce los conflictos de derechos humanos de las comunidades afectadas por proyectos de desarrollo, financiados con préstamos hechos a los gobiernos, muestra índices bajos de resolución. Desde su creación en octubre de 1994 hasta julio de 2019, recibió 133 casos. Los casos más problemáticos son aquellos que tienen que ver primero con la administración pública y el derecho (41,6%), o sea, relacionados con políticas de ajuste estructural del BM, siguen los proyectos de energía y minas (30,7%). Los proyectos de construcción de acueductos, alcantarillados y protección contra inundaciones (29,2%), los proyectos de transporte o con fines viales (25,3) y los proyectos de desarrollo rural (20,50%). Con base en informaciones del mismo Panel, las políticas operativas que más se violan con los proyectos denunciados por las víctimas del desarrollo son: acceso a la información en 109 casos de los 130 (81,9%), financiamiento de proyectos de inversión con 95 casos (71,4%), consulta y divulgación con 90 casos (67,6%), reasentamiento involuntario con 70 casos (52,6%), pueblos indígenas con 42 casos (31,5%) y hábitats naturales con 33 casos (24,8%). De las solicitudes de inspección recibidas por el Panel en veinticinco años (hasta junio de 2018), el Panel reportó las siguientes cifras: solicitudes recibidas: 126; registradas: 93 (73,8%); investigaciones recomendadas 42 (33,3%); investigaciones abiertas: 35 (27,7%); y 2 pilotos. O sea, tan sólo la tercera parte de las reclamaciones presentadas al Panel fueron objeto de alguna verificación.

El otro microsistema de rendición de cuentas del Banco Mundial es la Oficina del Ombudsman y Asesor en materia de Observancia (CAO, por su sigla en inglés), creado en 1999 como un mecanismo independiente para conocer conflictos sociales y ambientales originados por proyectos de desarrollo financiados al sector privado. En dieciocho años

fueron presentadas 525 denuncias ante la CAO por las víctimas del desarrollo: 351 (66,9%) reclamaciones no cumplieron los requisitos de elegibilidad, siendo desestimadas de entrada, y quedando las personas y/o comunidades afectadas sin ninguna solución a sus problemas. De los 174 casos aceptados han recibido algún tipo de respuesta o solución 128, lo que indica que en general, y sobre la base del total de los 525 reclamos incoados por las víctimas del desarrollo, el nivel de eficacia del mecanismo de la CAO es del 24,3%; nivel muy bajo. Apenas la cuarta parte de las reclamaciones formuladas recibieron algún tipo de respuesta.

El mecanismo de rendición de cuentas del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) creado en 2001 para manejar los reclamos de comunidades perjudicadas debido al incumplimiento por el BID de sus políticas operativas, ha sido el de menor capacidad para solucionar los conflictos que le presentan las víctimas del desarrollo. Ante el inocultable fracaso del primer mecanismo *soft law* del BID conocido como el MII, que entre 2001 y 2010 recibió 33 reclamaciones y sólo dio trámite a 5 de ellas (el 15,1% de eficiencia), el BID creó en 2010 el Mecanismo Independiente de Consulta e Investigación (MICI).

En el período 2010-2019 fueron depositadas ante el MICI 150 denuncias por las víctimas del desarrollo. De estas reclamaciones, 107 no fueron procesadas, por no ser elegibles; es decir, que de entrada el 71,3% de los reclamos quedaron sin ningún tipo de solución. Sólo 26 casos fueron cerrados tras una solución en las fases de consulta o de verificación, lo que corresponde al 17,3% de efectividad hasta el momento del MICI; 11 casos (7,3%) se encuentran abiertos y potencialmente pueden obtener alguna respuesta. De las cifras se puede concluir que el MICI ciertamente estimuló la participación y denuncia de casos por parte de las víctimas del desarrollo de los proyectos del BID, pero su nivel de desempeño para el trámite de los reclamos presentados es muy bajo: 17,3%, lo que no supera de manera significativa lo actuado por el MII.

Ante estos precarios resultados en el acceso y solución a los mecanismos de solución de controversias de las instituciones de la gobernanza neoliberal, esta investigación comprueba una de las hipótesis de trabajo: las instancias no convencionales de la justicia global corporativa tienen una baja idoneidad para la protección de los derechos humanos de las víctimas del desarrollo, en razón de que en ellas prevalecen los intereses y derechos del capital (*lex mercatoria*) sobre el principio *pro homine* que es la base de los tratados de

derechos humanos. Adicionalmente su falta de capacidad para proteger a los derechos humanos y para reparar integralmente a las víctimas, se explica en virtud de que existe en todas ellas un marcado desequilibrio estructural en la tramitación de los casos: el juzgador es parte interesada.

Para las poblaciones afrodescendientes afectadas por proyectos de desarrollo, el nivel de impunidad frente a los crímenes corporativos aumenta cuando no son considerados en los mecanismos de la gobernanza, los derechos étnicos. Pese a que los movimientos afrodescendientes han tenido un papel destacado en las resistencias alter-mundialistas a la globalización hegemónica, incidiendo en las orientaciones del derecho internacional en su lucha contra la discriminación racial y en pro de las reparaciones históricas por el esclavismo y el colonialismo de los que han sido víctimas los países con poblaciones negras, en el caso del Tabaco queda patente que los avances formales en los derechos étnicos, tanto en los tratados internacionales de derechos humanos como en la Constitución, siguen siendo postergados.

Las preocupaciones actuales del movimiento de afrodescendientes en América Latina y el Caribe post-Durban giran de manera general alrededor de dos asuntos fundamentales: las reivindicaciones de los derechos colectivos étnico-territoriales y las reivindicaciones identitarias y de inclusión como ciudadanía diferenciada. El caso del Tabaco hay que enmarcarlo en las luchas por la defensa y protección de los territorios ancestrales, siendo referencia jurídica y política sin duda el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el derecho a la consulta previa.

Aunque en el caso del Tabaco las víctimas del desarrollo carbonífero son comunidades afrocolombianas, y también indígenas Wayúu que habitan en otros corregimientos afectados por la expansión del Cerrejón (Tamaquitos, Guamachito, Provincial, Roche, Patilla y Chancleta), la exigibilidad de los derechos en perspectiva étnica fue posterior al desalojo y al proceso organizativo de resistencia. Esto no quiere decir que el proceso social carezca de un enfoque de derechos humanos desde el comienzo, efectivamente se denunciaron las múltiples violaciones a los derechos de las comunidades pero el énfasis étnico en las reivindicaciones fue débil al principio.

Quizá esta debilidad inicial en la exigibilidad de los derechos con perspectiva étnica obedeció fundamentalmente a la falta de información de las comunidades sobre los derechos específicos de que eran titulares como etnia, en particular de los derechos colectivos al territorio ancestral y a la consulta previa, que para el tiempo del desalojo no fueron suficientemente alegados; por ejemplo, no se habían planteado aún acudir al procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de sus tierras ancestrales, establecido en el decreto reglamentario 1745 de 1995, ni hacer efectiva la consulta previa con las comunidades étnicas frente a la explotación de los recursos naturales dentro de sus territorios (decreto 1320 de 1998).

Incluso no fueron argumentadas decididamente las violaciones a los derechos humanos de las familias desalojadas con fundamento en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 2106 (XX) del 21 de diciembre de 1965, y aprobada por la Ley 22 de 1981).

En el Tabaco está claro que los procedimientos utilizados para llevar a cabo el desalojo de la comunidad afrodescendiente de su territorio, se hicieron al margen de la normativa étnica. En la misma forma se puede decir que las decisiones de responsabilidad empresarial adoptadas por El Cerrejón, para resarcir los daños a la gente del Tabaco, y que finalmente fueron avalados en los Puntos Nacionales de Contacto de la OCDE donde se llevó el caso, adolecen del enfoque étnico y por lo mismo las violaciones a los derechos afrocolombianos cometidas por las multinacionales, siguen sin reparación.

El Estado colombiano estaba obligado a iniciar un proceso de consulta previa frente al desalojo del Tabaco, con un procedimiento idóneo, de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias de los habitantes (artículo 17 Decreto 1320 de 1998). Este procedimiento debía garantizar a la gente del Tabaco información completa y oportuna para valorar los impactos de todo orden que la implantación del megaproyecto carbonífero supondría para las comunidades y para sus derechos, dándoles la oportunidad de participar y decidir sobre el mismo. Nada de esto se hizo.

Por tanto debido a que el Estado colombiano incumplió flagrantemente con la obligación de protección que le imponen los tratados de derechos humanos, según la cual debe evitar

que terceros no estatales violen los derechos humanos, tiene responsabilidad directa en las violaciones múltiples a los derechos humanos de la gente del Tabaco. Pero el grado de responsabilidad del Estado aumenta cuando él mismo propició con sus resoluciones la expropiación de los territorios del Tabaco y con sus agentes expulsó por la fuerza a los habitantes, incumpliendo las obligaciones de respeto y cumplimiento de los derechos humanos.

El Estado al violar la Constitución y los tratados de derechos humanos que consagran los derechos étnicos afrocolombianos, negó de manera rotunda el acceso a la administración de justicia de las víctimas del Tabaco, incumpliendo sistemáticamente algunas sentencias que protegían los derechos de las víctimas.

Era previsible que las víctimas del corregimiento del Tabaco acudieran entonces a la justicia global corporativa regentada por la OCDE, en donde las multinacionales del Cerrejón acabaron de tejer la red de la impunidad que caracteriza al actual modelo de acumulación por desposesión.

Ante el mecanismo de los Puntos Nacionales de Contacto de Suiza y Australia las víctimas del Tabaco no encontraron ninguna protección ni reparación de sus derechos humanos, vulnerados de manera directa y comprobada por el consorcio de empresas multinacionales BHP Billiton y Xstrata que regentan con otras el proyecto carbonífero del Cerrejón.

La OCDE a través de esos dos Puntos Nacionales de Contacto difirió la solución a las recomendaciones de un Panel de Revisión Independiente contratado por las multinacionales del Cerrejón, para que con base en criterios de responsabilidad social empresarial esos expertos indicaran de qué manera debía repararse a las comunidades del Tabaco y a otras vecinas, afectadas por la expansión de la mega-mina. De esta manera, no hubo ningún pronunciamiento de esos Puntos Nacionales de Contacto sobre las infracciones cometidas por las empresas multinacionales a las Directrices de la OCDE, que condujeron al arbitrario desalojo del Tabaco y a la sistemática violación a los derechos humanos de los habitantes afrocolombianos que ocupaban este territorio ancestral. Ahí queda reflejada la baja idoneidad de los mecanismos del *soft law* para proteger los derechos humanos de las víctimas del desarrollo.

Bibliografía

Alexy, Robert. 2003. Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios. Traducción Carlos Bernal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Albareda Vivó, Laura. 2009. Contribución de las autoridades privadas a la gobernanza global: las élites empresariales en las iniciativas de responsabilidad social de las empresas. Tesis de Doctorado en relaciones internacionales e integración europea. Institut Universitari d'Estudis Europeus. Universitat Autònoma de Barcelona. Bellaterra. Disponible en: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5243/lav1de1.pdf;jsessionid=B992AD5F75E8252C83D6D481ED072196?sequence=1>

Almeida, Wellington; Kari Hamerschlag, Fabien Le François y Vince McElhinny (2008), *Manual: Rendición de cuentas y participación en el diseño de proyectos del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo. De la retórica a las acciones*, Washington, Bank Information Center, Recuperado de www.bicusa.org.

ALOP (Asociación Latinoamericana de Organizaciones de Promoción). 2005. Consulta Virtual de apoyo sobre el Marco Estratégico para el Desarrollo Indígena y la Política Operativa sobre Pueblos Indígenas del Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Disponible en: www.alop.org

Amir, Samir; Houtart, François. 2002. La mundialización de las resistencias. Estado de las luchas. Ediciones Desde Abajo. Bogotá.

Ardila, Edgar. 2002. *Pluralismo jurídico: apuntes para un debate*. En: Revista El Otro Derecho No. 26-27. ILSA. Bogotá.

Arnaud, André; Fariñas, María José. 1996. Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico. Universidad Carlos III. Madrid.

Auby, Jean Bernard. 2012. La globalización, el derecho y el Estado. Editorial derecho global. Sevilla.

Banco Interamericano de Desarrollo (BID). 2004. El Sistema de Supervisión de Proyectos: Evaluación del uso de sus instrumentos”, Informe de la OVE RE-293: <http://www.iadb.org/ove/RE-293-e.pdf>

BID, 2005. Propuesta para introducir mejoras al Mecanismo de Investigación Independiente. Proyecto de Política y Pautas Operativas para el Mecanismo de Consulta y Revisión de Cumplimiento del BID. Washington D.C.

BID. 2010a. Política de constitución del Mecanismo Independiente de Consulta e Investigación. Documento del Banco Interamericano de Desarrollo.

Banco Mundial. 2000. The World Bank Operational Manual (GP 14.70), Washington, D.C.

Banco Mundial. 2010. Los 15 años del Panel de Inspección. Washington, D.C.

Banco Mundial. 2018. Informe Anual del Panel de Inspección: 2017-2018. Washington, D.C.

Bas Vilizzio, Magdalena. 2018. *Régimen de solución de controversias inversor-Estados: ¿resistencias del modelo relacional en un marco institucional de relaciones internacionales?*. En: Revista de Relaciones Internacionales No. 54 de 2018. Universidad Nacional de La Plata. Buenos aires.

Belloso, Nuria; De Julios-Campuzano, Alfonso. 2008. Hacia un nuevo paradigma cosmopolita del derecho: pluralismo, ciudadanía y resolución de conflictos. Madrid, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati - Dykinson.

Beltrán, Ismael; Rincón, Aura; Gil Liz. 2018. Algunos fallos de la Corte Constitucional sobre libertades económicas. Grupo abogacía de la competencia. Superintendencia de Industria y Comercio. Bogotá.

Belloso, Nuria; Alfonso de Julios-Campuzano. 2008. Hacia un nuevo paradigma cosmopolita del derecho: pluralismo, ciudadanía y resolución de conflictos. Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati-Dykinson. Madrid.

Beristain, Antonio. 2000. Victimología. Nuevas palabras claves. Editorial Tirant lo Blanche. Valencia, España.

Beristain, Antonio. 2005. *Hoy creamos una ciencia cosmopolita e integradora: la victimología de máximos, después de Auschwitz*. En: Tamarit Sumalla, Josep María (Coordinador). Estudios de Victimología. Valencia: Tirant Lo Blanch. Madrid.

Bernal Duplat, Alberto. 2015. *Soluciones a los obstáculos en la aplicación extraterritorial del derecho para la conciliación de daños ambientales ocasionados por empresas multinacionales en Latinoamérica: el caso ATCA*. En: Revista de Derecho Privado. No. 53, enero-junio de 2015. Universidad de los Andes. Bogotá.

Bicusa. 2010. Boletín el BID en la mira. Bicusa. Disponible en www.bicusa.org/idb

Bolaños Céspedes, Fernando. 2014. *Jus cogens y derechos laborales*. En: Revista Latinoamericana de Derecho Social. Vol. 2014, No. 19, julio-diciembre de 2014, Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F.

Bonilla Sanabria, Fabio. 2017. *Comentarios sobre la responsabilidad social empresarial, el derecho societario y la empresa de grupo*. En: 134 Universitas. Bogotá.

Bonilla, Daniel; Ariza, Libardo. 2007. El pluralismo jurídico: contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico. Universidad de los Andes, Instituto Pensar. Bogotá.

Botero, Catalina; Restrepo, Esteban. 2006. *Estándares internacionales y procesos transición en Colombia*. En: varios autores. 2006. *¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación en Colombia*. De Justicia. Bogotá.

Bourdieu, Pierre. 1986a. La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique. in Actes de la recherche en sciences sociales No. 64. Paris.

Bourdieu, Pierre. 1986b. habitus, code, codification. In Actes de la recherche en sciences sociales No. 64. Paris.

Bourdieu, Pierre. 1991. Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva. En: Chazel, F; Commaille, J. Editores. Normes juridiques et régulation sociale. LGDJ. Paris.

Bourdieu, Pierre. 2000. Poder, derecho y clases sociales. Segunda edición. Editorial Desclée de Brouwer. Bilbao.

Bourdieu, Pierre. 2000a. Sobre el poder simbólico. En: Intelectuales, política y poder. Eudeba. Buenos Aires.

Bourdieu, Pierre. 2000b. Elementos para una sociología del campo jurídico. Ediciones Uniandes. Bogotá.

Bourdieu, Pierre. 2000c. La fuerza del derecho. Ediciones Uniandes. Bogotá.

Bourdieu, Pierre. 2007 (1980). El sentido práctico. Siglo XXI Editores. Madrid.

Burgos Silva, José Germán. 2009. Estado de derecho y globalización: el Banco Mundial y las reformas institucionales en América Latina. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, UNIJUS e ILSA. Bogotá.

Burgos Silva, José Germán. 2011. *La judicialización del derecho internacional en el contexto de la globalización. Algunas reflexiones*. En: Revista el Otro Derecho No. 43. El acceso al derecho global. ILSA. Bogotá.

Business-humanrights. 2015. Informe anual. Responsabilidad legal empresarial. Recuperado de: <http://business-humanrights.org/es>.

Bratos, Miguel. 2009. Movimiento antiglobalización: espontaneidad y crecimiento. Revista Destiempos.com. Año 4. Número 23. México D.F.

CAO (Oficina del Ombudsman y Asesor en materia de Observancia). Informes Anuales de 2001 a 2018. Banco Mundial. Washington. Disponible en www.cao-ombudsman.org.

Cappelletti, Mauro (Editor). 1979. Access to justice. A world survey. Cuatro volúmenes. Guiffre Editore. Milán.

Cantú Rivera, Humberto. 2015. *La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para empresas multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional*. En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional. 2015. México D.F.

Cantú Rivera, Humberto. 2018. Responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos. Centro Nacional de Derechos Humanos (CNDH). México D.F.

Carnelutti, Francesco. 1994. Cómo se hace un proceso. Monografías jurídicas. Editorial Temis S.A. Bogotá.

Carrillo Santarelli, Nicolás. 2017. *La promoción y el desarrollo de la protección de los derechos humanos frente a abusos empresariales en el sistema interamericano*. En:

Derechos humanos y empresas. Reflexiones desde América Latina. San José de Costa Rica.

Carrillo Santarelli, Nicolás. 2013. *La protección y promoción y de los derechos humanos frente a violaciones no estatales por órganos internacionales*. En: Revista Electrónica de Estudios Internacionales REEI. No. 26. Asociación española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Disponible en: www.reei.org

Carvalho, Amilton. 1993. *Direito alternativo na jurisprudencia*. Académica. Sao Paulo.

Casagne, Juan Carlos. 2018. *Los grandes principios del derecho público*. Editorial Temis. Bogotá.

Castells, Manuel. 1997. *La era de la información*. Tomo 1 y 2. Ed. Siglo XXI. Madrid.

Castro de Cifuentes, Marcela; Figueredo, Yinna; Vargas, Zharik. 2019. *Evolución jurisprudencial de la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas en Colombia*. Anuario de derecho privado (01) 2019. Universidad de Los Andes. Bogotá.

CCAJAR (Colectivo de Abogados “José Alverar Restrepo”); Comunidad del Tabaco. 2010. *Sistematización del caso El Tabaco*. Mimeo. Bogotá.

CCLA (Consejo Consultivo Laboral Andino). 2003. *Directrices de la OCDE para Empresas multinacionales. Una guía para sindicalistas*. Perú.

Coleman, William; Perl, Anthony. 1999. *Internationalized policy environments and policy networks analysis*. En: *Political Studies*, XLVII. University of Calgary.

Colmegna, Pablo Damián. 2012. *Impacto de las normas de soft law en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos*. En: *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*. Año VI. No. 8. Facultad de Derecho. Universidad d Buenos Aires.

Comisión Mundial de Represas. 2000. *Represas y desarrollo: un nuevo marco para la toma de decisiones*. Earthscan Publications Ltd. London. Disponible en www.dams.org

Composto, Claudia. 2012. *Acumulación por despojo y neo-extractivismo en América Latina. Una reflexión crítica acerca del estado y los movimientos socio-ambientales en el nuevo siglo*. En: *Revista Astrolabio* No. 8. Universidad Nacional de Quilmes/CONICET. Buenos Aires.

Comisión de Derecho Internacional (CID); Organización de Naciones Unidas. 2006. *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*. Informe del grupo de estudio de la CID. 18 de julio de 2006. Naciones Unidas, Asamblea General, 58 períodos de sesiones. A/CN.4/L.702. Disponible en: <http://untreaty.un.org/ilc/sessions/58/58docs.htm>

Comisión Internacional de Juristas (CIJ). Junio de 2019. Colombia: Jurisdicción Especial para la Paz. Análisis a un año y medio de su entrada en funcionamiento. Ginebra, Suiza.

Consejería de Derechos Humanos. Presidencia de la República. 2015. Colombia Avanza. Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresas. Bogotá.

Correas, Oscar. 2003. Pluralismo Jurídico, alternatividad y derecho indígena. Fontamara. México D.F.

Corte Constitucional. 2019. Resumen de las decisiones de la Corte Constitucional en la implementación del Acuerdo Final de Paz. Consejo Superior de la Judicatura - Centro de Documentación Judicial -CENDOJ. Bogotá.

Coutere, Eduardo. 1958. Fundamentos de derecho procesal civil. Depalma. Buenos Aires.

Chiara Marullo, María. 2015. *La lucha contra la impunidad: el Foro Necessitatis*. En: Revista para el Análisis del Derecho. InDret. Barcelona. Recuperado de: <http://www.indret.com/pdf/1154.pdf>.

Clark, Dana; Fox, Jonathan; Treakle, Kay (Compiladores). 2003. El derecho a exigir respuestas. Reclamos de la sociedad civil ante el Panel del Banco Mundial. Siglo XXI Editores. Edición en español de Jimena Gorrote. Buenos Aires.

Delaplace, Domitille. 2005. *El mecanismo de consulta y revisión de cumplimiento del Banco Interamericano de Desarrollo. Presentación y análisis desde la perspectiva de los derechos humanos*. En: Memorias del seminario Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. México D.F.

De Martino, Juan; Guerrero, Santiago. 2018. *Análisis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia. Perspectivas y críticas a la sanción administrativa: un camino hacia la pena privativa de la autonomía empresarial*. En: Revista de estudiantes. No. 18. Julio-diciembre de 2018. Universidad Pontificia Javeriana. Bogotá.

De Sousa Santos, Boaventura. 1991. Estado, derecho y luchas sociales. ILSA. Bogotá.

De Sousa Santos, Boaventura. 1998. La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación, Universidad Nacional de Colombia -Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales-; Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA). Bogotá.

De Sousa Santos, Boaventura. 2003. La Caída del Angelus Novus. ILSA. Bogotá.

De Sousa Santos, Boaventura. 2009. Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho. Colección en clave de sur. ILSA. Bogotá.

Di Giorgio, Federico. 2005. Las Directrices de la OCDE: una alternativa para la exigibilidad de los derechos sociales a través de la acción sindical. PNC Argentina. Buenos Aires.

Ermida, Uriarte Oscar. 2003. *Derechos laborales y comercio internacional*. En: Revista Pistas 9, marzo 2003. V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima.

Evans, John. 2003. *Las directrices de la OCDE para empresas multinacionales: un instrumento de responsabilidad social empresarial*. En Varios Autores. 2003. La

responsabilidad social de las empresas: mitos y realidades. Educación Obrera 2003/1. No. 130. Organización Internacional del Trabajo (OIT). Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_dialogue/actrav/documents/publication/wcms_117578.pdf

Dworkin, Ronald. 1999. Los derechos en serio. Traducción de Marta Gustavino. 4ª reimpresión. Editorial Planeta-Agostini. Barcelona.

Fernández, Lamela Pablo. 2006. Control de las organizaciones internacionales. El panel de Inspección del Banco Mundial. Bibliojurídica. UNAM.

Ferro, Morales Julio. 2012a. *Política minera en Colombia: la articulación y potenciación de conflictos alrededor de intereses privados*. En: Varios autores. Minería, territorio y conflicto. CENSAT Agua Viva; Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo; Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.

Ferro, Morales Julio. 2012b. Políticas mineras en Colombia. Textos de Aquí y Ahora. ILSA. Bogotá.

Fitzpatrick, Peter. 1993. Law's Infamy. En: Adelman, Sammy; Paliwala, Abdul (eds.). Law and Crisis in the Third World. Hans Zell Publishers. Melbourne.

Fortin, Carlos. 2008. *Régimen jurídico del comercio internacional y derechos humanos. Una compleja relación*. En: Anuario de Derechos Humanos. Instituto de Estudios del Desarrollo. Universidad de Sussex. Brighton, Inglaterra.

Foucault, Michel. 2000. Defender a la sociedad. Curso en el College de Francia 1975-1976. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires.

Fundación Debido Proceso Legal (DPLF); Instituto de Defensa Legal (IDL). 2008. Obstáculos para el acceso a la justicia en las Américas. Lima.

García Ramírez, Sergio. 2005. *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo, 1974-2004. Edición CIDH. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuarto-siglo.pdf>.

García Villegas, Mauricio. 2007. *Función simbólica del derecho y estabilidad institucional*. En: Motta, Cristina (Compiladora). Ética y conflicto. Lecturas para una transición democrática. TM Editores; Ediciones Uniandes. Bogotá.

Garibian, Sévane; Puppo, Alberto. 2012. *Acerca de la existencia del ius cogens internacional: una perspectiva analítica y positivista*. En: Revista Isonomía. No. 36. México, D.F.

Garzón López, Pedro. 2012. *Pluralismo jurídico y derecho alternativo: dos modelos de análisis*. Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, No. 16, julio 2012. México D.F.

Geertz, Clifford. 1994. Conocimiento local. Paidós. Barcelona.

González Armijo, Mariana; Del Pozo Martínez, Edmundo. 2016. El derecho a la participación y a la consulta para el desarrollo. Retos de México. CNDH. México D.F.

GREFI (Grupo Regional sobre Financiamiento e Infraestructura). 2018. Análisis comparativo de los marcos normativos ambientales, sociales y de acceso a la información de las instituciones financieras tradicionales, emergentes y chinas con presencia en América Latina. Fundar, Centro de Análisis e Investigación A.C. México D.F.

Guichot, Emilio. 2012. *Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea*. En: Revista de Administración Pública. No. 187. Madrid.

Haotzager, Peter. 2006. El movimiento de los Sin Tierra y el campo jurídico en Brasil. En: Revista el Otro Derecho. No. 35. ILSA. Bogotá.

Hart, Herbert. 1968. El concepto de derecho. Traducción de Genaro R. Carrió. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.

Harvey, David. 2006. *El "nuevo" imperialismo: acumulación por desposesión*. En: Panitch, Leo; Leys, Colin (Editores). 2004. O Novo Desafio Imperial. Merlin Press. CLACSO. Buenos Aires.

Hernández Cervantes, Aleida. 2014. *La producción jurídica de la globalización en el marco de un pluralismo jurídico transnacional*. En: Revista de Derecho Constitucional Umbral. (Junio-diciembre de 2014). No. 4, t. I, Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales, Cedec. Quito.

Hernández Zubizarreta, Juan. 2009. Las empresas Transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales. Ediciones Hegoa. Bilbao.

Hernández Zubizarreta, Juan; Ramiro, Pedro. 2015. Contra la "lex mercatoria". Propuestas y alternativas para desmantelar el poder de las empresas transnacionales. Icaria. Barcelona,

Herreño, Hernández Ángel Libardo. 2002. *Las políticas de discriminación positiva como formas de reparación*. En: Mosquera, Claudia; Pardo, Mauricio; Hoffmann, Odile. Editores. 2002. Afrodescendientes de las Américas. Trayectorias sociales e identitarias. 150 años de abolición de la esclavitud en Colombia. Universidad Nacional de Colombia, Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH), Institut de Recherche pour le Développement (IRD), Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA). Bogotá.

Herreño Hernández, Ángel Libardo. 2008. ¿Todo o nada? Principio de integralidad y derechos sociales. ILSA. Bogotá.

Herreño Hernández, Ángel Libardo. 2010. DESC y desarrollo. Visiones hegemónicas y alternativas. Colección útiles para conocer y actuar. No. 8. ILSA. Bogotá.

Herreño Hernández, Ángel Libardo (Editor). 2010b. Los derechos sociales en la lucha contra la discriminación. Colección útiles para conocer y actuar. No. 12. ILSA. Bogotá.

Herreño Hernández, Ángel Libardo. 2015. *Notas sobre el acceso a la justicia global corporativa de las víctimas del desarrollo*. En: Revista El Otro Derecho No. 52. ILSA. Bogotá.

Herreño, Hernández Ángel Libardo; et al. 2010. Los derechos en la lucha contra la discriminación racial. Colección útiles para conocer y actuar. No. 12. ILSA. Bogotá.

Instituto Latinoamericano para una Sociedad y Derecho Alternativos (ILSA). 2010. Revista el Otro Derecho No. 41. Luchas y debates de los afrodescendientes a una década de Durban: experiencias en América Latina y El Caribe. ILSA. Bogotá.

Houtart, François. 2014. *De los bienes comunes al bien común de la humanidad*. En: Revista El Agora USB. Vol. 14, No. 1 enero-junio de 2014. Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín, Colombia.

Kabba, Hewanatu; Bret, Thiele (Compiladores). 2000. *Círculo de los derechos*. Forum Asia, Institute of International Education (IHRIP). Washington, D.C.

Kaleck, Wolfgang y Miriam Saage-Maab. 2008. *Empresas transnacionales ante los tribunales. Sobre la amenaza a los derechos humanos causada por empresas europeas en América Latina*. Tomo 4. Serie documentos sobre la democracia. Fundación Heinrich Böll. Berlín.

Kelsen, Hans. 2000. *Teoría pura del derecho*. Editorial Unión. Bogotá.

Kennedy, Duncan. 1997. *A Critique of Adjudication*. Harvard University Press. Cambridge.

Kingsbury, Benedict; Krisch, Nico; Stewart, Richard. 2005. *El surgimiento del derecho administrativo global*. Facultad de Derecho. New York University.

López Ayllón, Sergio. 2004. *Globalización, Estado de derecho y seguridad Jurídica. Una exploración sobre los efectos de la globalización en los poderes judiciales de Iberoamérica*. Estudio preparado para la VIII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia bajo los auspicios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos. El Salvador, junio 2004.

Lacuisse, Marie-Esther. 2017. *Los mecanismos de rendición de cuentas de los bancos multilaterales de desarrollo como vía de acceso a información medioambiental en América Latina: oportunidad y límites de mecanismos internacionales*. En: Gautreau, Pierre; Monebhurrin, Nitish (Organizadores). 2017. *Direito à Informação Ambiental: uma agenda de pesquisa interdisciplinar*. Editora Prismas. Brasília.

López López, Liliana. 2014. *“El pluralismo jurídico: una propuesta paradigmática para repensar el Derecho”*. En: Revista de derecho constitucional Umbral N° 4 T. I, jun.-dic., 2014.

Machado, Aráoz Horacio. 2010. *Territorio, colonialismo y minería transnacional. Una hermenéutica. Crítica de las nuevas cartografías del imperio*. En: III Jornadas del Doctorado en Geografía. Universidad Nacional de La Plata.

Maestro Yarza, Irene. 2001. El Banco Mundial: origen, funciones, mecanismos de funcionamiento y políticas de desarrollo. Fcong. Barcelona.

Martínez Jurado, Dario. 2018. *El soft law en derecho administrativo y su control judicial en Colombia*. En: Revista Digital de Derecho Administrativo No. 20. Segundo semestre de 2018. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Medici, Alejandro. 2014. *Otro nomos: narratividad y pluralismo jurídico para un giro decolonial del Derecho*. En: Revista de derecho constitucional Umbral N° 4 T. I, jun.-dic., 2014. Quito.

Michalowski, Sabine; Jiménez, Alejandro; Martínez, Hobeth; Marín, Daniel. 2019. Los terceros complejos: la competencia limitada de la Jurisdicción Especial para la Paz. Documentos 50. Dejusticia. Bogotá.

Mira, Luz; Gutiérrez, Jahir. 2018. *Impacto jurídico de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en Colombia*. En: Jurídicas CUC. Vol. 14, no. 1. Bogotá. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.14.1.2018.4>

Missas Gómez, Luis Eduardo. 2017. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia. Problemáticas sobre su aplicación desde la expedición del Código Penal*. En: Revista Criterio Jurídico. Vol. 16 No. 1. Universidad Javeriana. Santiago de Cali.

Monereo, Manuel. 2005. De Porto Alegre a Porto Alegre: la emergencia de un nuevo sujeto político. En: Seoane, José; Taddei, Emilio. (Compiladores). Resistencias mundiales de Seattle a Porto Alegre. CLACSO. Quito.

Múnera Montes, L.; Granados Castellanos, M.; Teherán Sánchez, S.; Naranjo Vasco, J.; 2014. Bárbaros hoscós. Historia de resistencia y conflicto en la explotación del carbón en La Guajira, Colombia. OPERA. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/opera/article/view/3840/4151>

Murillo, Pastor. 2010. *Las medidas de acción afirmativa o medidas especiales: para reparar las injusticias históricas y la discriminación*. En: ILSA. 2010. Revista el Otro Derecho No. 41. Luchas y debates de los afrodescendientes a una década de Durban: experiencias en América Latina y El Caribe. ILSA. Bogotá.

Nieto Martín, Adán. 2012. *Bases para un futuro derecho penal internacional del medio ambiente*. En: Espósito Massicci, Carlos; Garcimartín Alférez, Francisco José (Coordinadores). La protección de bienes jurídicos globales. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Madrid.

Nino, Carlos Santiago. 1994. Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho. Ariel.

Observatorio Social de Empresas transnacionales, Megaproyectos y Derechos Humanos. 2008. Las huellas del capital transnacional en Colombia. Estudio de tres casos: Nestlé, Cerrejón LLC y British Petroleum. Bogotá.

OCDE. 2019. Conducta empresarial responsable y Puntos Nacionales de Contacto. Disponible en:

<https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/sites/ministerio-economia-finanzas/files/documentos/noticias/documento-de-recursos-cer-ocde.pdf>

OECD Watch. 2006. Informe de los Puntos Nacionales de Contacto (2000-2005). Disponible en: oecdwatch.org/publications-en/Publication_2973/at.../fullfile

OECD Watch. 2013. Llamada a la responsabilidad corporativa: Guía de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Disponible en: [http://www.rseprohumanablog.cl/wpcontent/uploads/2013/08/Llamada a la Responsabilidad Corporativa.pdf](http://www.rseprohumanablog.cl/wpcontent/uploads/2013/08/Llamada_a_la_Responsabilidad_Corporativa.pdf)

Orsatti, Álvaro; Sánchez, Hilda. 2009. Las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales en América Latina: experiencias, aprendizajes y propuestas desde la actividad sindical. Publicación de Friedrich Ebert-Stiftung. Montevideo.

Palacio, Avendaño Martha. 2011. Tres paradigmas de la justicia global: Estados, individuos y movimientos sociales. Centro de Estudios Sociais. Universidade de Coimbra. Portugal.

Panel de Inspección del Banco Mundial. 2009. Al servicio de las comunidades y del medio ambiente. Banco Mundial. Washington, D.C.

Panel de Inspección del Banco Mundial. 2018. The Inspection Panel: accountability at The World Bank. Banco Mundial. Washington, D.C.

Panel de Inspección del Banco Mundial. 2018b. Informe anual 2017-2018. Banco Mundial. Washington, D.C.

Pérez Araujo, Armando. 2010. Crónica sobre la destrucción de Tabaco. Disponible en: <http://rutajuridica.blogspot.com/2010/11/cronica-sobre-la-destruccion-de-tabaco.html>

Rajagopal, Balakrishnan. 2005. El derecho internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo. ILSA. Bogotá.

Rajagopal, Balakrishnan. 2007. *Límites del derecho en la globalización contrahegemónica: la Corte Suprema de la India y la lucha por la vivienda en el Valle de Narmada*. En: De Sousa, Santos Boaventura; Rodríguez, Garavito César. Editores. 2007. El derecho y la globalización. Universidad Autónoma Metropolitana, Antropos. México D.F.

Ramírez Díaz, Roberto; Ustate Arregocés, Rogelio; Arregocés Pérez, Samuel; Múnera Montes, Liliana; Granados Castellanos, Margarita; Teherán Sánchez, Sandra; Naranjo Vásquez, Julián; Rodríguez Gaitán, Luisa. 2015. Bárbaros Hoscos historia de la (des) territorialización de los negros de la comunidad de Roche. CINEP. Bogotá.

Ramonet, Ignacio. 2001. *El mundo estallar si no se hace algo nuevo*. En: Novoa, Giarone. 2001. Voces claras en medio del ruido. La Argentina y la globalización desde una perspectiva crítica. Federación Judicial Argentina. Buenos Aires.

Raz, Joseph. 1986. El concepto de sistema jurídico. Editorial UNAM. México D.F.

Red de Mecanismos Independientes de Rendición de Cuentas (RMIRC). 2012. *“Citizen-Driven Accountability for Sustainable Development: Giving Affected People a Voice – 20*

Years On". Disponible en: <https://www.opic.gov/sites/default/files/files/citizen-driven-accountability.pdf>

Red de Mecanismos Independientes de Rendición de Cuentas (RMIRC). 2017. *Criterios de participación y principios de cooperación* (agosto de 2017). Disponible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=EZSHARE-193840609-430>

Regina, Ingrid; González, Pedro; Mosquera, Jennifer; Torres, Luz. 2014. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas como omisión legislativa en Colombia*. En: Revista Criminalidad. Bogotá.

Rey Vallejo, Pablo. 2013. *El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización*. En: 126 Universitas. Bogotá.

Reyes, Pablo; León, Ivonne. 2012. *Las nuevas guerras justas y la política neoextractivista global: nuevos escenarios de biopoder*. En: Varios autores. Minería, territorio y conflicto. CENSAT Agua Viva, Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo; Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.

Rivera Lugo, Carlos. 2014. *Entre el derecho y el no derecho. El otro pluralismo jurídico*. En: Revista de derecho constitucional Umbral No. 4. T. I, jun.-dic., 2014. Quito.

Rodríguez, Garavito César. 2011. *Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y práctica del derecho en América Latina*. En: Rodríguez, Garavito César (Compilador). 2011. El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Siglo XXI Editores. Argentina.

Rodríguez Garavito, César. 2013. *Empresas y derechos humanos. ¿Cómo lograr que Chiquita responda en Colombia por las víctimas de grupos armados ilegales que habría ayudado a financiar?*. Recuperado en: <http://www.elespectador.com/opinion/empresas-y-derechos-humanos-columna-445394>.

Rodríguez Garavito, César (Editor). 2018. *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil*. Siglo XXI Editores; Dejusticia. Buenos Aires.

Rodríguez Mancera, Luis. 2002. *Victimología. Estudio de la víctima*. Editorial Porrúa S.A. México, D.F.

Rudas Lleras, Guillermo. 2012. *Minería e hidrocarburos en Colombia: ¿Sostenible para las finanzas públicas y el desarrollo?* En: Varios Autores. 2012. Minería, territorio y conflicto en Colombia. Censat Agua Viva; Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo; Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.

Rudé, George. 1980. *Revuelta popular y conciencia de clase*. Editorial Crítica. Grupo Editorial Grijalbo. Barcelona.

Sánchez de la Puerta, Trujillo Fernando. 2006. *Los tipos ideales en la práctica: significados, construcciones, aplicaciones*. En: Empiria. Revista de Metodología en Ciencias Sociales. No. 11. Enero-junio de 2006. Universidad Nacional de Educación a Distancia. España.

Sánchez, Camilo; Lyons, Laura. 2015. *El elefante en la sala. El retraso procesal en el sistema de peticiones individuales en el sistema interamericano*. En: Varios autores. 2015. *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia). Bogotá.

Sánchez de la Puerta, Trujillo Fernando. 2006. *Los tipos ideales en la práctica: significados, construcciones, aplicaciones*. En: Empiria. Revista de Metodología en Ciencias Sociales. No. 11. Enero-junio de 2006. Universidad Nacional de Educación a Distancia. España.

Sánchez Pérez, Alexander. 2012. Las normas de derecho blando. Un análisis de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial. Serie Derecho Administrativo No. 17. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Sarmiento, Daniel. 2008. *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Editorial Aranzandi. Madrid.

Sassen, Saskia. 2010a. *Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas*. En: Saldivia, L. Estado, soberanía y globalización. Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes. Bogotá.

Sassen, Saskia. 2010b. Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Ed. Katz Conocimiento. Madrid.

Schmitt, Carl. 1992 (1934). *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial. Madrid.

Shapiro, Martin. 1993. *The globalization of law*. En: Indiana Journal of Global Legal Studies. Vol. 1. No. 1.

Sid-Ahmed, Abelkader. 1985. Norte-Sur: los grandes desafíos. Teoría y práctica del nuevo orden económico internacional. Fondo de Cultura Económica. México.

Sieber, Ulrich. 2013. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*. En: Nieto, Adán. *El derecho penal económico en la era de la compliance*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.

Silvéiro, Valter Roberto. 2001. *Ação afirmativa: percepções da “Casa Grande” e da “Senzala”. A democratização em proceso*. En: Revista Beyond Law. No. 24. ILSA. Bogotá.

Skinner, Gwynne; McCorquodale, Robert; De Schutter, Olivier; Lambe, Andie. 2013. *El Tercer Pilar: el acceso a los recursos judiciales para las víctimas de las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas transnacionales*. Icar, CORE y ECCJ.

Sinha, Surya Prakash. 1995. *Legal Polycentricity*. En: Petersen, Hanne; Zahle, Henrik (eds.). *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*. Aldershot. Dartmouth.

Souza, María de Lourdes. 2001. *El uso alternativo del derecho: génesis y evolución en Italia, España y Brasil*. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales; Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA). Bogotá.

Tamarit, Josep María. 2006. *La Victimología: Cuestiones Conceptuales y Metodológicas*.

En: Tamarit, J.M; Echeburúa, Enrique; Baca, Enrique (Coordinadores). Manual de victimología. Valencia: Tirant lo Blanch. Madrid.

Teitelbaum, Alejandro. 2005. *Los tratados bilaterales de libre comercio. El ALCA está entre nosotros*. En: Revista El Otro Derecho. Juicio al libre comercio. Aspectos jurídicos de los TLC. No. 33. ILSA. Bogotá.

Teitelbaum, Alejandro. 2007. Al margen de la ley. Sociedades transnacionales y derechos humanos. ILSA, Observatorio Social de Empresas Transnacionales, Megaproyectos y Derechos Humanos. Bogotá.

Teitelbaum, Alejandro (2010), "¿Dialogar con Ruggie? Cambiar para que todo siga igual. Una valoración de los informes 2009 y 2010 de John Ruggie". Recuperado de http://www.jussemp.org/Inicio/Recursos/Actividad%20Corporativa/Resources/Dialogando_con_Ruggie.pdf.

Teubner, Gunther. 2005. *Sociedad globalizada, justicia fragmentada. Sobre la violación de los derechos humanos por actores transnacionales "privados"*. En: Anales de la Cátedra Francisco Suárez. No. 39. Derecho y justicia en una sociedad global. Universidad de Granada. España.

Teubner, Gunther. 2010. *Regímenes globales privados: Derecho neo-espontáneo y constitución dual de sectores autónomos*. En: Saldivia, L. Estado, soberanía y globalización. Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes. Bogotá.

Tole Martínez, Julián. 2014. Solución de controversias en los TLC. Aportes del derecho de la OMC. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Toussaint, Eric. 2004. *Las dos fases del ajuste estructural*. En: Varios autores. 2004. La bolsa o la vida. Las finanzas contra los pueblos. CLACSO. Buenos Aires.

Trachman, J. 1996. La revolución en el derecho internacional económico. Journal of International Economic Law. University of Pennsylvania.

TUAC-OCDE: 2006. Experiencia latinoamericana en las directrices OCDE y puntos nacionales de contacto. Disponible en: <http://library.fes.de/pdf-files/gurn/00237.pdf>

Uprimny, Rodrigo; García, Villegas Mauricio. 2004. *Corte Constitucional y emancipación política en Colombia*. En: De Sousa Santos, Boaventura y García, Mauricio (editores). 2004. Emancipación social y violencia en Colombia. Grupo Editorial Norma. Bogotá.

Uprimny, Rodrigo; Sánchez, Camilo. 2010. *Propuesta para una restitución de tierras transformadora*. En: Varios Autores. 2010. Tareas pendientes: propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia. Centro Internacional para la Justicia Transicional. Bogotá.

Vargas-Alzate, Luis Fernando. 2018. Colombia en la OCDE: las realidades de su adhesión. Fundación Konrad Adenauer, KAS, Colombia; Universidad EAFIT. Bogotá.

Viñuales, Jorge E. 2008. *La protección del medio ambiente y su jerarquía normativa en derecho internacional*. En: *Int. Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 13, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.

Wilches-Chaux, Gustavo; y otros. 2011. *La red Tabaco de desarrollo endógeno. Un proceso de crecimiento humano, unión comunitaria, construcción de alianzas y fortalecimiento territorial a partir del conflicto*. ARFO Editores e Impresores Ltda. Bogotá.

Wolkmer, Antonio Carlos. 2003. *Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio para América Latina*. Ensayo disponible en:
<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/derecho/wolk.rtf>

Wolkmer, Antonio Carlos. 2014. *Mundialización cultural, pluralismo jurídico y derechos humanos*. En: *Revista de derecho constitucional Umbral* No. 4. T. I. Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales, Cedec. Quito.

Zamora, Cabot F. 2006. *Los derechos fundamentales en clave del Alien Tort Claims Act of 1789 de los EE.UU. y su aplicación a las corporaciones multinacionales: "The ATCA revisited"*. UJI. Castellón.

Zamora, Cabot F. 2012. *La responsabilidad de las empresas multinacionales por violaciones a los derechos humanos: práctica reciente*. En: *Papeles el tiempo de los derechos*, No. 1. Huri-Age Consolider-Ingenio Castellón.

Zapatero, Pablo. 2007. *Economía de mercado y derechos humanos: un estudio sobre la interdependencia de las normas*. En: *Revista Derechos y Libertades*, No. 16, Época II. Madrid.

Zapatero, Pablo. 2008. *Participación pública y privada en los litigios de la OMC*. Universidad Carlos III. Madrid.

Zapatero, Pablo. 2009. *Diplomacia y cultura legal en el sistema GATT/OMC*. En: *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 1, No. 2. Universidad Carlos III. Madrid.

A. ANEXO: Análisis de los mecanismos independientes *soft law* para la solución de conflictos de derechos humanos del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo

Para abordar el estudio integrado de los mecanismos *soft law* del derecho global corporativo, en el BM y en el BID, se han propuesto varios interrogantes básicos: (i) ¿cuáles son el origen, la trayectoria y la naturaleza jurídica del mecanismo?; (ii) ¿cuáles son los fundamentos legales con base en los cuales opera el mecanismo?; (iii) ¿quiénes activan y cómo se activa el mecanismo?; (iv) ¿cuáles son los procedimientos que utiliza el mecanismo?; (v) ¿qué tipo de conflictos o casos conoce el mecanismo?; y (vi) finalmente ¿qué nivel de eficiencia tiene el mecanismo para la protección de los derechos humanos?. Las respuestas han permitido ir comprendiendo la naturaleza de esos mecanismos, y establecer posibilidades de comparación entre ellos.

1. LOS MECANISMOS DEL BANCO MUNDIAL

Teniendo presentes su objetivo misional del fomento del desarrollo y el objetivo estratégico de la reducción de la pobreza, y con la clara intención de mejorar su imagen y legitimación, el Banco Mundial (BM) empezó desde 1993 a adoptar una serie de procedimientos internos diseñados para promover una mayor participación de la sociedad civil (particularmente de las organizaciones no gubernamentales) y para aumentar la difusión de información sobre sus proyectos de financiación. Muestra de ello fue la creación del Panel de Inspección en el año 1993 y de la Oficina del Ombudsman y Asesor en Materia de Observancia (CAO, por su sigla en inglés) en 1999.

El enfoque de la participación del BM fue definido en su *Manual de participación* (1996) como “un proceso mediante el cual los grupos interesados influyen y comparten el control de iniciativas de desarrollo y las decisiones y recursos que les afectan”. Sin embargo, las evaluaciones sucesivas hechas a las actividades del Banco por diferentes órganos de control interno, entre ellos el Panel de Inspección, demuestran que muchos préstamos siguen siendo aprobados con elementos limitados de participación y rendición de cuentas.

El concepto del BM sobre la sociedad civil se fundamenta en la noción de capital social. Entiende que la mayor participación de la sociedad civil en los proyectos es un indicador positivo del dinamismo de una sociedad, lo cual crea condiciones sociales que garantizan una mejor calidad y mayor sustentabilidad en los proyectos financiados por el Banco Mundial.

Recientemente, el BM ha actualizado sus ideas de participación con un discurso sobre el “empoderamiento”¹⁷³. Se entrecruza esta propuesta con una política de mayor democratización que lo ha llevado a adoptar un marco de rendición de cuentas (*accountability*) más amplio, concreto en la creación y evaluación de políticas operativas¹⁷⁴ en varios aspectos sociales y ambientales, que incluyen variables y salvaguardias asociadas con el medio ambiente, el género, la disponibilidad y acceso a la información, los pueblos indígenas, los reasentamientos voluntarios, entre otros. Sobre esa base, el BM se ha dotado de herramientas de evaluación como indicadores conceptuales y prácticos de empoderamiento, tanto para el proyecto como en el sentido social.

La incorporación de estas directrices de participación y rendición de cuentas refleja un enfoque pragmático, pues no sólo mejora la imagen del BM sino que busca ventajas institucionales (Almeida, 2008: 11). Según esta entidad, la participación es importante porque “muchos planes de prestación de servicios descuidan el papel de los clientes, especialmente de los clientes pobres, por hacer que los servicios funcionen mejor” y estos clientes pueden ayudar a “reforzar la prestación de servicios” (BM, 2004: 9)¹⁷⁵. Respecto de

¹⁷³ Véanse capítulos seis y siete del “Informe sobre desarrollo mundial 2000/2001 (2001)” del Banco Mundial, en el cual se concibe que el empoderamiento es uno de los tres pilares de la reducción de la pobreza. Los otros dos son las oportunidades y la seguridad:

-El empoderamiento, entendido como el desarrollo de la capacidad de los pobres de influir en las decisiones que determinan su vida y eliminar la discriminación basada en sexo, raza, grupo étnico o condición social. El empoderamiento actualmente se encuentra documentado en más de 1800 proyectos del Banco Mundial.

-Las oportunidades o cómo incrementar las de las poblaciones de menores recursos estimulando el crecimiento económico, la construcción de mercados que funcionen mejor para los pobres y la lucha por su inclusión, en particular multiplicando activos como la tierra y la educación.

-La seguridad, en cuanto a la reducción de la vulnerabilidad de los pobres a la enfermedad, las crisis económicas, las pérdidas de cosechas, el desempleo, los desastres naturales y la violencia, ayudándolos a hacerles frente a estos eventos.

¹⁷⁴ Véase: “Manual de las políticas operativas del Banco Mundial”. En: <http://web.worldbank.org/wbsite/external/projects/extpolicies/extopmanual/0,,menuPK:64142516~pagePK:64141681~piPK:64141745~theSitePK:502184,00.html>.

¹⁷⁵ Con los mismos propósitos, desde 1994 el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) tomó diversas medidas para promover la participación de la sociedad civil y de los grupos interesados en sus operaciones de financiamiento para la inversión (Almeida, 2008: 13). En 2004 puso en marcha

la formulación de los proyectos, por ejemplo, “las ONG que estén familiarizadas con el área del proyecto y que cuenten con vínculos con la población local pueden dar al gobierno y al Banco valiosa información acerca de las condiciones locales y prioridades de la comunidad” (BM, 2000: 18).

El BM ha venido ampliando su agenda alrededor del objetivo misional del desarrollo. De manera específica, se suelen distinguir cuatro etapas en la forma en que lo percibe (Maestro: 2001, 6)¹⁷⁶:

1. La primera abarca desde 1944 hasta 1970 y se conoce genéricamente como la de las “necesidades de capitalización básica” para estimular la transición de las economías

una “Estrategia para promover la participación de los ciudadanos en actividades del BID” que pretendía “establecer lineamientos y criterios generales y especificar áreas de acción en las que el Banco pueda aumentar, reforzar y sistematizar la participación de los ciudadanos en sus actividades”, con base en los principios de inclusión, pluralismo, ocasión de realizar aportes oportunos, transparencia, eficiencia y sensibilidad cultural¹⁷⁵.

Esta estrategia del BID se apoyó, igualmente, en motivaciones pragmáticas como el fortalecimiento del capital social para asegurar la eficiencia, efectividad, equidad y sustentabilidad de los proyectos, por lo cual se impone alentar la capacidad de los individuos y los grupos sociales para manejar sus propios asuntos y controlar las negociaciones del sector público. Concibe que la aportación oportuna de la sociedad civil se requiere en todas las etapas del proyecto y el logro de este fin sólo es posible con el acceso eficaz a la información.

Estos criterios no han avanzado decisivamente en el BID y aún no se aseguran como un estándar de sus operaciones, con lo cual muchos préstamos se siguen diseñando e implementando sin la participación informada de la gente afectada (Almeida, 2008: 13). Los mismos evaluadores internos del banco demostraron que la institución sufre una grave falta de rendición de cuentas interna, y es frecuente la ausencia de auditoría a sus préstamos y un notable descuido para identificar, prevenir y abordar el riesgo financiero en sus proyectos, o para hacer seguimiento a su uso o impacto (BID, 2004).

Según el informe de supervisión de proyectos del año 2004, en el 25 % de los casos revisados el banco no “lleva a cabo las revisiones y misiones obligatorias estipuladas en las políticas de la institución y en la planeación de proyectos”, lo que supone una violación permanente a las normas básicas de supervisión de proyectos que el Banco afirma mantener; esto reduce su capacidad para promover la transparencia entre sus clientes y deja dudas sobre la idoneidad institucional para evitar problemas de administración fiscal y corrupción¹⁷⁵.

Desde entonces, el BID ha revisado por lo menos tres veces su Sistema de Informes sobre el Seguimiento del Desempeño de Proyectos (PPMR) y aún tiene que consolidar una alternativa viable para el disfuncional sistema de supervisión que evidentemente ha fallado (Almeida, 2008: 16).

En la misma línea ha buscado modificar la función de inspección, el Mecanismo Independiente de Investigación (MII-): una reforma en el año 2005 intentó establecer un Mecanismo de Consulta y Revisión de Cumplimiento (MCRC) con la finalidad de “ampliar su alcance e incrementar la responsabilidad general y la eficiencia del proceso” (Delaplace, Domitille, 2005). La última reforma se surtió con éxito a lo largo de 2009 y culminó en febrero de 2010 con la incorporación del nuevo Mecanismo Independiente de Consulta e Investigación (MICI).

¹⁷⁶ Otra periodización la presenta Burgos (2009: 35 y ss.) así: La primera etapa: paso al desarrollo y los préstamos por proyecto (1947-1961); segunda etapa: “descubrimiento” del tema de la pobreza (1961-1981); tercera etapa: préstamos para las reformas estructurales (1978-1992); y cuarta etapa: introducción de los problemas de la gobernanza y las instituciones (1992-2000).

tradicionales (agrícolas o primarias) de la periferia hacia economías modernas (industriales); dominan en este periodo los préstamos por proyecto para infraestructura a cargo de los gobiernos, percibida como condición para el desarrollo de la iniciativa privada.

2. La segunda ocupa básicamente los años setenta. El BM se orienta hacia proyectos para la “satisfacción de las necesidades sociales básicas”. Este giro institucional se da como respuesta a fuertes conflictos sociales y geopolíticos en el contexto de la Guerra Fría. El BM se propuso afrontar las apremiantes situaciones de pobreza en los países periféricos, con lo cual se esperaba reducir los riesgos políticos de las luchas sociales en ellos, y admitió la pobreza como un problema teórico que se debía resolver mediante el desarrollo. Aceptó que el crecimiento económico no conducía automáticamente al desarrollo y, por lo mismo, era necesario combinar tal logro con la satisfacción de las “necesidades básicas” de las poblaciones.

3. La tercera etapa ocupa los años ochenta, bajo el dominio de la ortodoxia neoclásica en materia económica. El objetivo fundamental del BM en este periodo fue liberar el mayor volumen de recursos posible para hacer frente al pago de la deuda externa (Maestro: 2001, 9). Para conseguirlo, adoptó la estrategia del ajuste estructural inspirado en el llamado Consenso de Washington, como fórmula para disciplinar las economías en los países en desarrollo. Con sus condicionamientos obligó a profundas reformas encaminadas hacia la liberalización comercial, la estabilidad macroeconómica mediante el control del déficit fiscal, la desregulación y la privatización de activos estatales en los países en los que se aplicó (el “Estado mínimo”).

Con los programas de ajuste estructural se ocasionó un debilitamiento de los estados para la actuación soberana sobre el desarrollo y se limitó su margen de acción para llevar a cabo políticas sociales. Esto conllevó un rápido deterioro de las redes públicas de protección social y la flexibilización de los mercados laborales, lo que se reflejó a su vez en un inusitado incremento de las tasas de pobreza de las poblaciones, fenómeno tratado por el Banco con simples medidas de compensación mediante unos fondos de inversión social o de emergencia social.

4. La cuarta etapa, en la década de los noventa, ha sido un periodo controvertido, que ha oscilado entre un discurso continuista y otro basado en el paradigma del desarrollo humano

(Maestro: 2001, 10) agregando la preocupación institucional por la gobernanza, lo que mostró un claro interés del BM por influir en el campo político de los estados prestatarios, al postular diversas condiciones y mecanismos de asistencia técnica para promover un Estado sujeto al derecho, fiscalizable y eficaz (Burgos, 2009).

En el informe de 1991, el BM anunció un énfasis sobre un desarrollo que armonizara con el mercado (*market-friendly approach*). En el informe de 1994, el Banco Mundial reafirmó su orientación de un desarrollo basado en la primacía del sector privado, el libre funcionamiento del mercado y la apertura externa, y al mismo tiempo validó la idea del desarrollo humano del PNUD¹⁷⁷, que aunque contradictoria con la postura liberal del Banco, no tuvo la virtud de desplazar las recetas del ajuste estructural.

Por otro lado, con el discurso de la gobernanza, el BM politizó su mandato (Burgos, 2009) al justificar desde sus propios reglamentos que este organismo tenía amplias facultades para intervenir en diversos aspectos políticos de los estados. El Banco Mundial planteó la necesidad de incorporar diseños institucionales adecuados en el Estado para el crecimiento económico y la lucha contra la pobreza. Las propuestas en este nivel las agrupó con la noción de *governance*, en la cual fundamentó agendas de fortalecimiento del Estado de derecho, entre ellas, la reforma judicial, la lucha contra la corrupción y los derechos humanos, algunas con el claro propósito de adelantar cambios políticos en las países nacidos con la disgregación del bloque soviético, y otras para hacer frente a los problemas de corrupción y falta de crecimiento a que condujeron los procesos privatizadores.

Estas intervenciones se dieron en tres áreas específicas: gestión del sector público, marco legal para el desarrollo (condiciones de seguridad jurídica), procesos de fiscalización y transparencia de la acción del Estado, todo enmarcado en la estrategia de la construcción institucional que se vuelve transversal en las operaciones financieras del BM. El término gobernanza se vuelve cada vez más complejo en la década de los noventa, y termina por denominar no sólo los procesos mediante los cuales los gobiernos son seleccionados, monitoreados y remplazados sino para referirse a las tradiciones e instituciones con base en las cuales se ejerce la autoridad en un país específico, a la capacidad de los gobiernos

¹⁷⁷ Esta aparente armonización de paradigmas se hizo para conciliar las sensibilidades diversas de sus accionistas (Estados Unidos y el Reino Unido más inclinados a apoyar al sector privado, y la Europa continental más propensa a adoptar acciones frente a la pobreza y la crisis medioambiental).

de formular efectivamente políticas adecuadas y al respeto por los ciudadanos (Burgos, 2009).

Un elemento que va a sobresalir en esta racionalización de la gobernanza del BM es la transparencia. Su trayectoria comienza como una política de control interno del Banco Mundial para vigilar el cumplimiento de las regulaciones operativas o salvaguardias en la puesta en marcha de sus políticas y proyectos (lo que influye decisivamente en la creación del Panel de Inspección en 1993), pero, paulatinamente, conducirá a la llamada *accountability* (control ciudadano), noción que buscó determinar en primera instancia si en los estados existen posibilidades para la participación ciudadana¹⁷⁸ y posteriormente sirvió para denominar las herramientas necesarias de rendición de cuentas en los planos local, nacional y global para que los actores transnacionales sean más transparentes y responsables frente a las personas y comunidades afectadas (BM: 2009, 7).

1.1. EL PANEL DE INSPECCIÓN

El Panel de Inspección (el Panel, en adelante) es la instancia o mecanismo para la resolución de controversias que llegan presentadas por las víctimas o comunidades afectadas, y que se originan en préstamos que hace el BM a proyectos de desarrollo de los Estados¹⁷⁹. Este esquema analítico es el mismo que se ha aplicado a todos los mecanismos de derecho blando examinados para esta investigación, que aparecen en la figura anterior y cuyos resultados cuantitativos se expondrán en el siguiente apartado. Con esta estrategia de análisis comparativo de los mecanismos de la justicia global corporativa se ha logrado establecer que ellos, en conjunto, constituyen un campo jurídico específico que funciona sobre la misma lógica, con procedimientos análogos y formas similares de decisión, tal como aparece en la descripción del tipo ideal que se detalla en páginas anteriores (Cuadro 2).

Se parte de la idea de que en el pluralismo jurídico global existente ha emergido un campo jurídico coherente con el modelo de acumulación por desposesión para regular de manera

¹⁷⁸ Hecho que se mide en el plano del Estado nacional con indicadores como el goce y ejercicio de las libertades políticas y civiles, con la independencia de los medios de comunicación, y las garantías para la oposición política y la protesta de los movimientos sociales, etc.

¹⁷⁹ A diferencia del panel, a la Oficina del Ombudsman (CAO) llegan los casos presentados por las víctimas del desarrollo originados en préstamos que hace el Banco Mundial a inversores privados.

fragmentada y flexible (*soft law*) los nuevos conflictos sociales del desarrollo económico, con base en emergentes sistemas jurídicos de tipo privado y corporativo que actúan al margen y en detrimento de las formas regulativas del derecho público internacional de los derechos humanos, y aseguran la hegemonía de los derechos del capital, en particular el de las sociedades transnacionales (Teitelbaum, 2007). A este campo jurídico se hace referencia con los términos “derecho global corporativo” o “justicia global corporativa”, que estudiaremos ahora a partir del análisis de los mecanismos de rendición de cuentas y de solución de conflictos del Banco Mundial (BM) y del Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

1.1.1. Orígenes, trayectoria y naturaleza del Panel

Este Panel de Inspección lo creó el Directorio Ejecutivo del Banco Mundial en 1993 como un mecanismo o foro para recibir e investigar quejas de la sociedad civil relativas a proyectos financiados por el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) y la Asociación Internacional de Desarrollo (AID), ambas instituciones encargadas de financiar proyectos y programas de desarrollo a los Estados.

El origen del Panel de Inspección fue una respuesta institucional a múltiples críticas que recibió el Banco Mundial de la sociedad civil y de importantes organismos oficiales a principios de los noventa por varios de sus proyectos. Hubo evidentes campañas y protestas internacionales contra el BM por la influencia global de sus estrategias de desarrollo, de elevado costo social y ambiental. Surgieron coaliciones de organizaciones de la sociedad civil tanto en países del Norte como del Sur, que unas veces actuaban separadamente y otras en coordinación para cuestionar los desastres de las políticas de desarrollo del BM mediante movilizaciones masivas, acciones directas, generación de opinión pública crítica o participación en los debates sobre las reformas alternativas de las instituciones financieras multilaterales (Clark; *et al.*: 2005, 19).

En el marco de la campaña “Cincuenta años ¡basta!” y de la Cumbre de la Tierra de la ONU (Río de Janeiro, 1992), las organizaciones de la sociedad civil presionaron al BM para revisar ciertos proyectos problemáticos¹⁸⁰ y pusieron en marcha una estrategia para incidir

¹⁸⁰ Por ejemplo, los proyectos de la represa y canal Sardar Sarovar sobre el río Narmada de la India, cuyos efectos eran dramáticos: implicaban el reasentamiento de unas 120.000 personas. A raíz de

en el Congreso de Estados Unidos con el objetivo de conseguir recortes en las partidas asistenciales de este país para el Banco Mundial. El BM se vio compelido a adoptar, por lo menos en el discurso, los principios del desarrollo sostenible, a tomar medidas respecto de los proyectos más cuestionados y a revisar los procesos de toma de decisiones. El mensaje de la democratización de los procesos de decisión fue acogido por algunos gobiernos donantes e incentivó respuestas de algunos funcionarios, lo que se tradujo en dos reformas importantes: la ampliación del acceso público a la información sobre los proyectos y la creación del Panel de Inspección.

Con estas conquistas quedó demostrada la capacidad de la sociedad civil transnacional para influir en las políticas internacionales (BM: 2009, 26). Antes de la resolución que estableció el Panel de Inspección, funcionaron varios grupos de trabajo encargados de evaluar los proyectos del Banco Mundial. En sus informes de 1992 advirtieron reiteradas violaciones a las políticas internas debido a una “cultura de la aprobación” de proyectos vigente en la institución, y sostenida por una estructura de incentivos para los funcionarios que hacía que procedieran sin considerar las consecuencias sociales y ambientales o la eficacia de los proyectos.

El 1 de septiembre de 1993, por la Resolución BIRF 93-10 y la Resolución AIF 93-6, el Directorio Ejecutivo del BM creó el Panel de Inspección. Tales resoluciones cobijaron las operaciones del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) y de la Asociación Internacional de Fomento (AIF), pero no a la Corporación Financiera Internacional (IFC, por su sigla en inglés) ni al Organismo Multilateral de Garantías de Inversión (MIGA, por su sigla en inglés), instituciones últimas que en 1994 debieron adoptar su propio órgano de control: la Oficina del Ombudsman y el Asesor en Materia de Observancia (CAO, por su sigla en inglés).

El Panel de Inspección funciona como un vínculo directo entre las personas afectadas por los proyectos del BM y su Directorio Ejecutivo. Se concibe, además, como un mecanismo

la oposición social en varios países, en marzo de 1991 el presidente del Banco Mundial, Lewis T. Preston, encargó una revisión independiente de los proyectos a un grupo de trabajo, conocido entonces como Comisión Morse. El informe emitido mostró serias fallas en el cumplimiento de las propias políticas del BM y documentó las devastadoras consecuencias humanas y ambientales de tales violaciones. La comisión recomendó que el BM reconsiderara dichos proyectos (BM, 2009: 3).

o instancia independiente de alto nivel que tiene como misión mantener la transparencia y la responsabilidad por parte de la administración y del personal del Banco Mundial, mejorando el control de calidad de los proyectos financiados a los gobiernos. Aunque el panel está financiado por el BM, en las resoluciones que lo crearon se advierte que tiene independencia de la administración de éste. El panel responde en forma directa al directorio, al cual le presenta sus informes sin que los revise alguna instancia interna. En el artículo 10 de la resolución de constitución se establece que “El panel es un foro independiente. Todo intento de interferir en el funcionamiento del panel por razones políticas o económicas o de ejercer influencia política o de otro tipo sobre el panel será hecha pública” (BM: 2010, 166).

El Panel está compuesto por tres miembros de diferentes nacionalidades, con mandatos no renovables de cinco años, elegidos por el Directorio Ejecutivo del BM entre expertos con experiencia reconocida en problemas del desarrollo. Están sujetos a un régimen de independencia e inhabilidades, entre cuyas medidas se encuentran: no puede ser elegida como miembro del panel ninguna persona que haya trabajado para el BM dentro de los dos años anteriores a su elección; los miembros del panel no pueden ser removidos de sus cargos si no es “por una causa fundada” y no pueden ser empleados en ningún momento por el grupo del BM luego de haber concluido su tiempo de servicio en el Panel. Los miembros del panel no pueden participar en las audiencias o en la investigación relacionada con una solicitud de inspección vinculada a un asunto en el que tengan un interés personal o con el cual hayan estado involucrados. En tal sentido, los miembros del Panel no deben estar identificados o comprometidos con ningún grupo de intereses externo o interno (BM, 2010: 36).

El Panel cuenta con la asistencia de dos dispositivos conexos que completan el sistema de inspección del BM: una Secretaría Ejecutiva permanente, independiente y responsable sólo ante el panel, que actúa en funciones de asistencia y asesoría, y un círculo de consultores expertos en diferentes áreas, contratados por el Panel para apoyar las investigaciones en curso.

El Panel es un mecanismo formalizado e independiente del BM cuyo fin se concreta en investigar, constatar y recomendar acciones para afrontar problemas de falta de transparencia en el cumplimiento de las políticas operativas del BM aplicadas a los

proyectos que financia, y en razón de lo cual se han producido perjuicios sociales y ambientales a las comunidades destinatarias de esos proyectos. El funcionamiento del Panel se hace con base en un proceso que ocupa varias etapas, en las que se busca probar la violación del marco normativo vigente del BM en la implementación de sus proyectos, por medio de la investigación de unos hechos y la determinación de unos daños. Esos hallazgos se presentan al Directorio Ejecutivo del BM para que la administración prepare una respuesta (recomendaciones y acciones para corregir las fallas y compensar a las víctimas), lo cual se hace público mediante informes de las evidencias y las decisiones tomadas sobre el caso. Estas actuaciones no corresponden a un proceso de naturaleza jurisdiccional (BM, 2010: 11) y por lo mismo no tiene facultades de juzgamiento ni de sanción.

El proceso a cargo del Panel está calificado como de inspección y control. Se inicia en el momento en que se recibe una solicitud de inspección y a partir de allí se divide en tres etapas: registro, admisibilidad e investigación. El procedimiento busca abordar dos temas centrales e interrelacionados: el cumplimiento de sus propias políticas por parte del BM y la determinación de daños conexos a personas afectadas o al medio ambiente. Tal circunstancia hace que el mandato otorgado al panel sea restringido, pues sólo puede conocer situaciones en las que existan conexiones claras entre daños y violaciones a las políticas, lo que deja por fuera de su ámbito de acción otros problemas que tengan relación indirecta con la situación tratada.

Este mandato del Panel se ha convertido en un intenso campo de batalla debido a que los actores que participan (la gerencia del BM, los gobiernos donantes y prestatarios que forman el directorio, otros organismos internacionales, las organizaciones de la sociedad civil y el panel mismo) tienen concepciones divergentes sobre el acatamiento de las normas del BM y de las consecuencias de su incumplimiento. Así que el balance de poder en los casos que conoce el Panel, en cuanto a la independencia de las investigaciones y el alcance de las recomendaciones propuestas, siempre está en juego.

1.1.2. Fundamentos legales

Las Resoluciones BIRF 93-10 y AIF 93-6 del Directorio Ejecutivo del BM que crearon el Panel le dieron facultad para conocer de las operaciones del Banco

Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) y de la Asociación Internacional de Fomento (AIF), pero no a la Corporación Financiera Internacional (IFC,) ni al Organismo Multilateral de Garantías de Inversión (MIGA), instituciones últimas que en 1994 debieron adoptar su propio órgano de control: la Oficina del Ombudsman y el Asesor en Materia de Observancia (CAO, por su sigla en inglés).

Las resoluciones mencionadas definieron el mandato, composición y actividades del Panel, reconocido como un mecanismo formal del BM (BM, 2010: 5), cuyo propósito es atender las denuncias de personas o grupos que alegan ser afectados o podrían ser perjudicados por los proyectos del BM, por violaciones de la administración (gerencia) a las políticas y procedimientos operativos, en cualquiera de las fases de diseño, preparación e implementación de esos proyectos.

El mandato y funcionamiento del Panel está circunscrito al cumplimiento de las políticas operativas¹⁸¹ del BM, en las cuales están incluidos las de derechos humanos (BM, 2009: 50). El Panel usa las políticas y procedimientos operativos del BM como punto de referencia para medir su responsabilidad y transparencia. En un sentido más amplio, se entiende que el Panel de Inspección es un mecanismo que opera con base en principios del derecho internacional e innova reglas que expanden la oportunidad de las personas y las comunidades afectadas de hacerse parte en la toma de decisiones internacionales, coadyuvando incluso a la construcción de estándares internacionales en materia de sostenibilidad social y ambiental.

Adicionalmente, en 1994 se dotó al Panel de procedimientos operativos propios para responder a las solicitudes de inspección (reglas revisadas en 1996 y 1999). Con ellas no sólo organiza la forma y criterios para llevar a cabo sus investigaciones sino que contribuye a que el BM alcance sus objetivos institucionales, puesto que al ejercer control sobre el cumplimiento del marco normativo existente, aumenta la atención interna hacia dichas políticas. Refuerza igualmente el valor de las políticas de salvaguardia en el sentido de prevenir y mitigar los daños y, en consecuencia, aumentar en apariencia los beneficios para las poblaciones y el medio ambiente. Algunos analistas han interpretado que la presencia del Panel ha tenido un efecto disuasivo entre el personal del BM que se ha visto forzado a

¹⁸¹ En el sitio web del Banco Mundial se encuentra el *Manual de operaciones*, que incluye todas las políticas operativas, los procedimientos del BM, las buenas prácticas y las directrices operativas. Véase <http://go.worldbank.org/DZDZ9038D0>.

cumplir con mayor rigor las políticas internas, debido a los trastornos y descrédito que pueden provocar las denuncias (Clark; *et al*: 2005: 316).

En cuanto a las políticas operativas que fungen como marco de referencia para el Panel de Inspección, pueden clasificarse en tres tipos¹⁸²:

-Las políticas ambientales y sociales: son diez políticas del Banco Mundial que se conocen como “políticas de salvaguarda”¹⁸³. En 1980, el BM estableció una política de reasentamiento involuntario y en 1982 creó una política para pueblos indígenas. En la década de los setenta había adoptado unas directrices generales sobre el medio ambiente pero no fue sino hasta 1987 cuando se pusieron en marcha los procedimientos obligatorios de revisión ambiental y hasta 1989 cuando se implementó una política de evaluación ambiental. Otras políticas son las de bienes culturales, silvicultura, hábitat natural, control de plagas y seguridad de las represas.

-Las políticas de divulgación de la información: atienden al derecho de las personas a conocer lo que se planifica para ellas y para sus hábitats, por lo cual facilitan la toma de decisiones informadas sobre los procesos de desarrollo que afectan su vida. La política de divulgación de información contiene: principios de la divulgación, excepciones a la divulgación, divulgación de rutina y solicitud de divulgación impulsada.

-Las políticas de rendición de cuentas: establecen el cumplimiento obligatorio de las protecciones mínimas para “no hacer daño” con los proyectos puestos en ejecución por el BM, y adicionalmente indican los medios para que esta institución sea responsable de sus acciones. En este ámbito, el Panel de Inspección es uno de sus instrumentos.

Entre 1994 y 2018 (junio), el Panel de Inspección tramitó 126 denuncias, provenientes geográficamente de Sur de Asia (28%), Africa (35%), Asia Oriental y Pacífica (11%), Europa y Asia Central (20%), América Latina y El Caribe (28%), y Medio Oriente y Norte de Africa (4%) (BM: 2018, 31). Las políticas operativas que más se han demandado como violaciones del BM, son las que aparecen a continuación.

¹⁸² Véase <http://www.bicusa.org/es/Institution.Policies.5.aspx>.

¹⁸³ <http://www.bicusa.org/Issue.32.aspx>.

Cuadro 15. Violaciones a las políticas operativas del BM 1994-2018

| Políticas operativas del BM | Total de denuncias | % sobre las 126 denuncias |
|--|--------------------|---------------------------|
| Asistencia técnica | 1 | 0,7 |
| Alivio/reducción de la pobreza | 26 | 20,6 |
| Control de plagas | 2 | 1,5 |
| Consulta del proyecto | 86 | 68,2 |
| Divulgación/acceso de información operativa | 51 | 40,4 |
| Evaluación ambiental | 103 | 81,7 |
| Fondos fiduciarios | 3 | 2,3 |
| Género y desarrollo | 8 | 6,3 |
| Hábitats naturales | 33 | 26,1 |
| Manejo de recursos hídricos | 17 | 13,4 |
| Pautas de seguridad y salud ambiental | 11 | 8,7 |
| Poblaciones indígenas | 38 | 30,1 |
| Política de financiamiento al desarrollo | 4 | 3,1 |
| Política forestal | 18 | 14,2 |
| Política de seguridad de represas y embalses | 12 | 9,5 |
| Pilotaje a los sistemas de préstamos | 1 | 0,7 |
| Planes de acción ambiental | 3 | 2,3 |
| Proyectos en zonas de disputa | 2 | 1,5 |
| Proyectos internacionales de vías fluviales | 7 | 5,5 |
| Reasentamiento involuntario | 66 | 52,3 |
| Recursos físicos y culturales | 26 | 20,6 |
| Respuesta rápida a crisis y emergencias | 2 | 1,5 |
| Seguimiento y evaluación de proyectos | 7 | 5,5 |
| Supervisión del proyecto | 94 | 74,6 |
| Suspensión de desembolsos | 5 | 3,9 |

Fuente: cálculos propios con base en el Informe Anual del Panel de Inspección: 2017-2018 (BM, 2018: 28)

Como se observa en el cuadro los proyectos más problemáticos y cuestionados son los que están relacionados con temas ambientales y la falta de evaluación ambiental para llevarlos a cabo, representando el 81% sobre las 126 denuncias tramitadas en 25 años; le siguen las denuncias originadas en falta de supervisión de los proyectos (74%), la falta de consultas a las comunidades y otros actores de interés sobre los proyectos (68%), los conflictos ocasionados por reasentamientos no consentidos por las comunidades (52%), las afectaciones a territorios y derechos de los pueblos indígenas (30%), la implementación de políticas de reducción de la pobreza (20%) y los problemas de falta de cuidado de los recursos físicos y culturales de las zonas donde se desarrollan los proyectos (20%). Tras estas violaciones a las políticas operativas del banco se pueden rastrear quiénes son las víctimas del desarrollo.

Han pasado 25 años de la instauración del Panel, y su modelo se ha expandido rápidamente, existiendo en la actualidad la Red de Mecanismos Independientes de

Rendición de Cuentas que tiene funcionando a 17 instrumentos análogos de las entidades de financiamiento al desarrollo en todos los continentes (RMIRC: 2017).

1.1.3. ¿Quiénes activan y cómo el Panel?

El Panel se activa cuando dos o más personas o los miembros de un grupo (con intereses comunes), por sí mismos o por intermedio de una organización de la sociedad civil que los representa, alegan daños como resultado de los proyectos financiados por el Banco Mundial mediante una queja formal (solicitud de inspección), en la que sostienen que el BM ha incumplido sus políticas y procedimientos operativos. Excepcionalmente, si los afectados no encuentran alguien que los represente, pueden exponer la queja por medio de una ONG extranjera. Los accionantes pueden pedir que sus nombres se mantengan en la confidencialidad.

El Panel también puede ser activado por cualquiera de los 24 directores ejecutivos del BM, que representan a 187 países¹⁸⁴ y están facultados para solicitar una investigación, la cual será sometida a la aprobación del directorio. Éste, que se encuentra conformado por los directores ejecutivos en conjunto, puede pedirle al panel que inicie una investigación, facultad que ejerció en una solicitud vinculada con el “Proyecto de reducción de la pobreza en el oeste de China”, petición que al mismo tiempo fue incoada por una ONG internacional en nombre de las personas afectadas.

Esta queja configura una solicitud de inspección que puede presentarse en cualquier idioma en la oficina del Banco Mundial, en el país donde sucedan los hechos, o directamente en una comunicación dirigida al Panel en Washington, siempre que los accionantes hayan expresado previamente sus preocupaciones al personal del BM y no hayan recibido la atención adecuada a sus reclamos. La solicitud de inspección puede hacerse aún antes de que el BM haya aprobado la financiación del proyecto o programa. No puede presentarse una solicitud ante el Panel cuando la financiación del proyecto cuestionado se ha cerrado o ha sido desembolsado en un 95 % del monto.

¹⁸⁴ Ver:

<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/QUIENESSOMOS/0,,contentMDK:20193426~menuPK:418785~pagePK:64057863~piPK:242674~theSitePK:263702,00.html>.

La solicitud de inspección no tiene mayores formalidades, aunque los requisitos mínimos establecidos son condición para su admisibilidad. Se hace por medio de una carta al Panel de Inspección¹⁸⁵ en la que se tengan en cuenta las siguientes consideraciones:

1) Se identifiquen las personas afectadas (que pueden pedir reserva de su nombre) por operaciones apoyadas por el BIRF y la AIF sobre las que el Panel tiene jurisdicción. Los solicitantes deben declarar que viven en la zona afectada por el proyecto o programa denunciado, o que representan a personas que residen en esos territorios; 2) se realice, a continuación, una breve descripción del proyecto o programa denunciado; 3) se expliquen los daños ocasionados o que se puedan llegar a producir; 4) se expongan las fallas u omisiones que en opinión de los solicitantes ha tenido el BM, indicando –si se conocen– las políticas o procedimientos del banco¹⁸⁶ que han sido quebrantados; 5) se indiquen las comunicaciones previas hechas al personal del BM sobre las preocupaciones que asisten a los solicitantes, dando razones de por qué no se han satisfecho, y finalmente, 6) se adjunte, de ser posible, cualquier otra información o documentación que se considere de interés para la solicitud. Cuando la solicitud se haga por medio de un representante, se debe anexar prueba escrita de tal mandato (BM: 2010, 26).

Desde su puesta en funcionamiento en octubre de 1994 hasta junio de 2019, el Panel de Inspección del BM tramitó 133 solicitudes formales para inspección, es decir, un promedio de 5,1 casos por año. Hay que tener presente que cada caso llevado al Panel involucra a millares de personas afectadas, o víctimas del desarrollo. El Panel ha recibido estos reclamos en formatos que van desde cartas sencillas hasta presentaciones de tipo legal preparadas con ayuda de ONG expertas. La mayoría de las solicitudes corresponden a representantes locales de los afectados, y en aproximadamente una tercera parte de las mismas, se hacen mediante coaliciones de organizaciones Norte-Sur en las que participan grupos locales, ONG nacionales y extranjeras. Sólo en una ocasión una ONG internacional promovió una

¹⁸⁵ En los procedimientos operativos se explica que no es preciso que las solicitudes de inspección se hagan utilizando formas y lenguaje jurídicos.

¹⁸⁶ En el informe de los quince años del panel se dice al respecto: “[Los solicitantes] No necesitan conocer en forma directa las políticas del banco, a las que tal vez sea difícil acceder en la zona del proyecto. No es necesario que mencionen políticas específicas. Sobre la base de la situación concreta y de los datos presentados sobre el perjuicio de los solicitantes, el panel identificará qué políticas se aplican o pueden aplicarse al caso, si las hay” (Panel de Inspección, 2009b: 26).

denuncia en nombre de los damnificados, puesto que carecían de la libertad de expresión necesaria para acudir por sí mismos al Panel (Clark; *et al.*: 2005, 300).

En apariencia, el acceso al Panel por parte de las víctimas de los proyectos del BM es sencillo; no obstante, la experiencia muestra que "... el proceso requiere gran cantidad de conocimientos especializados y trabajo por parte de los denunciantes. En la práctica, los requisitos hacen que el acceso al panel resulte difícil justamente para las personas a las que debería beneficiar" (Clark: *et al.*: 2005, 312).

Es por lo anterior, que las víctimas del desarrollo que desean hacer una denuncia ante el Panel sólo en la mitad de las ocasiones pueden hacerlo directamente. Por lo regular necesitan el acompañamiento de organizaciones no gubernamentales o el apoyo de redes nacionales que tienen los contactos, competencias y la experticia para activar el mecanismo. De los 133 casos puestos ante el Panel entre 1994 y junio de 2019, en 66 de ellos, el 49%, actuaron directamente las comunidades afectadas, en 39 casos (29,3%) las comunidades actuaron apoyadas por una red nacional, en 26 casos (19,5%) la denuncia fue incoada por organizaciones o redes nacionales, y en dos casos hubo el apoyo de un actor internacional¹⁸⁷.

Las pretensiones que tienen las víctimas y que definen la actuación del Panel son: la resolución de un conflicto o la verificación de observancia, métodos ambos para organizar la *accountability* externa. En la primera vía, el Panel actúa como un método de mediador para una solución amigable (excluye un proceso en sentido jurídico) de los conflictos nacidos en la implementación de los proyectos BM, que pretende acercar en diálogo voluntario a todos los actores involucrados; y en la segunda, la actuación del Panel es más formal y de investigación sobre la falta de aplicación de las reglas operativas del BM, aunque más que entregar información sobre el proyecto demandado, aquí el Panel cumple es un papel de verificar o certificar las informaciones que se hacen en la queja (Lacuisse: 2017, 356).

Una vez que los solicitantes han presentado la correspondiente petición de inspección al Panel, ya no cumplen ningún papel formal en el proceso y pierden el control sobre las actuaciones procesales. Los denunciantes tienen pocas posibilidades de apelar la

¹⁸⁷ Ver sitio web del Panel: <http://www.inspectionpanel.org/panel-cases>

recomendación que formule el Panel sobre la no admisibilidad del caso, o para incidir en el contenido del informe final que los expertos presentan al directorio del BM. Tampoco pueden comentar la respuesta que da la gerencia, ni reaccionar o rectificar las medidas de reparación o las recomendaciones incluidas en el plan de acción que aconseja ésta, o del plan que adopta y divulga el directorio.

El Panel procura involucrar a los solicitantes y a sus representantes en las visitas *in situ* que practica por motivos de admisibilidad o para la investigación. Sus procedimientos operativos tienen, además, instrucciones detalladas para mantener informados a los solicitantes durante las etapas de admisibilidad e investigación. Incluso así, estos contactos entre las víctimas y el panel poco influyen en las decisiones que adopte la gerencia, puesto que es nulo el acceso a la información antes de que se tomen medidas de fondo en esta instancia.

Este procedimiento de justicia alternativa del BM, aunque se presenta como independiente, no genera las garantías básicas del debido proceso, empezando porque quien toma las decisiones no es el Panel sino los órganos de dirección del BM, que actúan a la vez como juez y parte. El papel de imparcialidad que cumple el Panel de Inspección llega hasta la identificación de las violaciones a las normas internas del BM y a la verificación de los daños que se provocan, pero se desdibuja cuando queda impedido para resolver los casos. En buena medida, esto ocurre porque el Panel continúa siendo un mecanismo adscrito al Banco Mundial y no un foro independiente para resolver disputas.

Ante las críticas suscitadas por la falta de imparcialidad del mecanismo del Panel, en agosto de 2017, el Directorio Ejecutivo del BM inició una revisión y ajuste del conjunto de herramientas operacionales del Panel bajo un nuevo marco ambiental y social:

“A fines de octubre del 2018, los Directores Ejecutivos aprobaron medidas para: (i) reconocer formalmente la función consultiva del Panel de Inspección en su mandato; (ii) hacer que la Gerencia del Banco proporcione un esclarecimiento sobre el uso de los Fondos Fiduciarios Ejecutados por el Banco; (iii) formalizar la práctica actual del Panel de coordinar con otro(s) mecanismo(s) de rendición de cuenta(s) como cofinanciador(es) para procesar las demandas conjuntas de la manera más eficiente y efectiva posible; y (iv) actualizar los procedimientos para compartir el Reporte de Investigación del Panel de Inspección con los Solicitantes antes de que sea considerado por el Directorio del Banco Mundial.

Los Directores Ejecutivos acordaron continuar las deliberaciones dentro de un tiempo limitado en las áreas de: (i) extender el límite de tiempo de elegibilidad de las Solicitudes de Inspección, (ii) las

opciones para el monitoreo independiente de los Planes de Acción de la Gerencia del Banco y (iii) el potencial para establecer una función de resolución de disputas en el Banco por separado de la Gerencia del Banco”¹⁸⁸.

1.3.4. ¿Cuáles son los procedimientos del Panel?

El proceso en el Panel de Inspección se inicia en el momento de recibir una solicitud de inspección. Desde allí se agotan cuatro fases: registro, admisibilidad, investigación y seguimiento.

En la etapa de registro, una vez que se recibe la solicitud de inspección, el Panel hace un estudio detallado de la memoria institucional del BM, acudiendo a los registros del proyecto demandado: examina los documentos sobre conceptos del proyecto de financiación, los estudios preparatorios, las evaluaciones sociales y ambientales, las minutas de reuniones decisorias, la evaluación del proyecto y el documento del programa, etc., hasta llegar a los informes de supervisión. El propósito es que el Panel determine de qué manera se asumieron los temas problemáticos que plantea la denuncia. Este ejercicio no tiene un tiempo determinado y es útil porque se pueden avizorar las omisiones cometidas por el BM.

El Panel no da registro a reclamos que estén claramente fuera de su mandato¹⁸⁹, o que sean anónimos, o que persigan un propósito frívolo. De las 126 solicitudes de inspección recibidas por el Panel hasta junio de 2018, 93 fueron registradas (73,8%) y por lo mismo no registró 33 (26,1 %), lo que indica que fueron desestimadas una porción alta de las denuncias.

¹⁸⁸ Ver: <https://www.bancomundial.org/es/news/feature/2019/05/13/revision-del-conjunto-de-herramientas-operacionales-del-panel-de-inspeccion>

¹⁸⁹ No son competencia del Panel: reclamos sobre acciones que son responsabilidad de otras partes (gobierno prestatario, organismo ejecutor, una empresa, la IFC o la MIGA) y que no implican acción u omisión de parte del BIRF o de la AID que violen sus propias políticas operativas. Tampoco reclamos contractuales de proveedores (efectivos o potenciales) de productos o servicios en el proyecto cuestionado. Ni sobre reclamos presentados luego de la fecha de cierre del préstamo o cuando se ha desembolsado en un 95%. Excluye igualmente reclamos sobre cuestiones vinculadas a proyectos de los cuales se haya ocupado el Panel en una solicitud anterior, a menos que los demandantes proporcionen nuevas pruebas o hechos antes desconocidos.

En la fase de admisibilidad, el Panel se concentra en determinar si la solicitud de inspección reúne los requisitos para una investigación completa, sin informar aún si el BM ha cumplido con sus políticas operativas. En esta fase se contemplan algunos plazos: una vez que el Panel registra la solicitud, envía una copia al presidente del Banco Mundial, quien tiene 21 días hábiles para responderla. En su respuesta, la administración debe brindar evidencia sobre cuatro opciones posibles: 1) declarar la inexistencia de violaciones a las políticas y procedimientos operativos; 2) reconocer las fallas en el cumplimiento de los reglamentos y declarar la intención de subsanarlas; 3) atribuir las fallas que existan al prestatario o a otros factores externos al BM; o 4) defender que las fallas tienen responsabilidad compartida entre el BM, el prestatario u otros factores externos (Panel: 2009).

Ante la respuesta dada por la administración, el Panel puede estar de acuerdo o en desacuerdo, en forma total o parcial, y proceder en consecuencia. A partir de esta respuesta, el Panel cuenta con 21 días hábiles para decidir sobre la admisibilidad y hacer una recomendación a los directores ejecutivos sobre si el asunto se debe investigar. Dicha recomendación está sujeta a la aprobación del directorio.

Para recomendar una investigación, el Panel debe verificar que se hayan cumplido los criterios de elegibilidad de la solicitud de inspección antes descritos. La recomendación al directorio se apoya en la información presentada en la solicitud, la respuesta de la administración y otra evidencia documental. El Panel puede determinar que examinará *in situ* los hechos denunciados antes de proceder a definir la admisibilidad de la solicitud.

La etapa de investigación se inicia con la aprobación hecha por el directorio. No tiene límites de tiempo. En los procedimientos operativos del Panel se faculta a quien lo preside para que designe un inspector principal que asume la investigación preliminar. Los métodos empleados para establecer los hechos son discrecionales del Panel, atendiendo las exigencias del caso concreto. Las reglas del Panel indican que siempre se debe entrevistar al personal del BM y de la administración al que le concierne el caso. Para que los miembros del personal se expresen libremente, el Panel destruye todo registro de las entrevistas. También tiene total acceso a los documentos del BM que sean pertinentes. Si el país prestatario lo autoriza, un equipo del Panel visita la zona del proyecto, donde se reúne con los actores involucrados: los denunciantes y sus representantes, otras personas afectadas por el proyecto, ONG, funcionarios del gobierno y autoridades del proyecto. Los registros

de las conversaciones son reservados y por eso se evita la notoriedad de estas gestiones en los medios de comunicación.

Superada la etapa de recolección de información y verificación que obra en el expediente, el Panel produce un informe de la investigación sobre el caso. Se limita a informar sobre sus hallazgos y no puede emitir recomendaciones explícitas para la corrección de las fallas que encontró. Las normas internas del BM señalan que es la administración, en su respuesta al informe de investigación del Panel, la que le recomienda al directorio las medidas correctivas pertinentes. Habitualmente, el directorio se reúne para considerar el informe de investigación del Panel junto con las recomendaciones de la administración y decide si las aprueba.

1.1.5. ¿Qué tipo de casos conoce el Panel?

A continuación se presenta una tipología de los casos conocidos por el Panel de Inspección en 25 años de funcionamiento.

Cuadro 16. Casos conocidos por el Panel de Inspección del BM 1994-2019

| No. Caso | Título del proyecto | País | Año |
|----------|--|-------------------------------|------|
| 133 | Natural Resource Management Project (P095050); Kenya Climate Smart Agriculture Project (P154784) & Kenya Urban Support Program (P156777) | Kenya | 2019 |
| 132 | Nairobi Metropolitan Services Improvement Project (P107314) | Kenya | 2019 |
| 131 | Upper Egypt Local Development Program for Results(P157395) | Egypt, Arab Republic of | 2019 |
| 130 | Transport Sector Support Project (P124109) and its Additional Financing (P146630) | Kenya | 2018 |
| 129 | Rural Water Supply and Sanitation Project for Low Income States (P132173)-Second Request | India | 2018 |
| 128 | Rural Water Supply and Sanitation Project for Low Income States (P132173)-First Request | India | 2018 |
| 127 | Water Supply Augmentation Project (P125184); Greater Beirut Water Supply Project (P103063) and its Additional Financing (P165711) | Lebanon | 2018 |
| 126 | Private Sector Competitiveness Project (P130091) | Tajikistan | 2018 |
| 125 | Mining Infrastructure Investment Support and Mining Infrastructure Support – Additional Financing | Mongolia | 2018 |
| 124 | Mining Infrastructure Investment Support and Mining Infrastructure Support – Additional Financing | Mongolia | 2018 |
| 123 | Mining Infrastructure Investment Support and Mining Infrastructure Support – Additional Financing | Mongolia | 2018 |
| 122 | Lom Pangar Hydropower Project | Cameroon | 2017 |
| 121 | Boosting Human Capital and Productivity Development Policy Financing with a Deferred Drawdown Option | Peru | 2017 |
| 120 | High Priority Roads Reopening and Maintenance (2nd Additional Financing) (P153836) | Congo, Democratic Republic of | 2017 |
| 119 | Amaravati Sustainable Infrastructure and Institutional Development Project (P159808) | India | 2017 |

| | | | |
|-----|--|---|------|
| 118 | Livestock Competitiveness and Food Safety(P090723) and Additional Financing to Livestock Competitiveness and Food Safety Project(P151946) | Vietnam | 2017 |
| 117 | Floods Emergency Recovery Project (P152018) | Serbia | 2017 |
| 116 | Modern Food Storage Facilities Project(P120583) | Bangladesh | 2016 |
| 115 | Water and Sanitation Service Improvement Project(P096367) and Water and Sanitation Service Improvement Project - Additional Financing(P126637) | Kenya | 2016 |
| 114 | Proposed Amaravati Sustainable Capital City Development Project | India | 2016 |
| 113 | Private Power Generation (Bujagali), Water Management and Development, and Energy for Rural Transformation III Projects (Second Request) | Uganda | 2016 |
| 112 | Andhra Pradesh & Telengana Road Sector and National Highways Interconnectivity Improvement Project | India | 2016 |
| 111 | Trade and Transport Studies RETF Project | Bangladesh | 2016 |
| 110 | Private Power Generation (Bujagali), Water Management and Development, and Energy for Rural Transformation III Projects | Uganda | 2016 |
| 109 | Urban Transport Transformation Project | Mexico | 2016 |
| 108 | Rio Bogota Environmental Recuperation and Flood Control Project (P111479) | Colombia | 2016 |
| 107 | Irrigation System Enhancement Project (Second Request) | Armenia | 2016 |
| 106 | Irrigation System Enhancement Project (First Request) | Armenia | 2016 |
| 105 | Andhra Pradesh & Telangana Road Sector Project and National Highways Interconnectivity Improvement Project | India | 2015 |
| 104 | Floods Emergency Recovery Project (P152018) | Serbia | 2015 |
| 103 | Proposed Kosovo Power Project and Second Additional Financing Energy Sector Clean-up and Land Reclamation Project | Kosovo | 2015 |
| 102 | Mining Infrastructure Investment Support and Mining Infrastructure Support – Additional Financing | Mongolia | 2015 |
| 101 | Integrated Disaster and Land Management | Togo | 2015 |
| 100 | Mining Dialogue Technical Assistance | Haiti | 2015 |
| 99 | Second Tamil Nadu Road Sector Project (Proposed) | India | 2014 |
| 98 | Transport Sector Development Project - Additional Financing | Uganda | 2014 |
| 97 | Electricity Expansion Project | Kenya | 2014 |
| 96 | South-West Roads: Western Europe-Western China International Transit Corridor - CAREC-1b & 6b (2010) (Third Request) (Not Registered) | Kazakhstan | 2014 |
| 95 | Sustainable Agriculture and Rural Development Project (Pilot - Not Registered) | Paraguay | 2014 |
| 94 | Second Education Quality and Relevance Project, Education Improvement Project | Armenia | 2014 |
| 93 | Central Asia South Asia Electricity Transmission and Trade Project (CASA-1000) (Not Registered) | Afghanistan, Kyrgyz Republic, Pakistan, Tajikistan | 2014 |
| 92 | Road Sector Assistance Project - Second Additional Financing (Not Registered) | Sri Lanka | 2014 |
| 91 | Lagos Metropolitan Development and Governance Project (Pilot - Not Registered) | Nigeria | 2013 |
| 90 | Enhanced Vocational Education and Training Project (Not Registered) | Nepal | 2013 |
| 89 | Second Rural Enterprise Support Project | Uzbekistan | 2013 |
| 88 | Mine Closure, Environment and Socio-Economic Regeneration Project (Not Registered) | Romania | 2013 |
| 87 | Power Development Project | Nepal | 2013 |
| 86 | Second National Water Development Project - Additional Financing (Not Registered) | Malawi | 2013 |
| 85 | Giza North Power Project | Egypt, Arab Republic of | 2013 |
| 84 | Natural Resource Management Project | Kenya | 2013 |
| 83 | Sustainable Development of Natural Resources – Additional Financing, and Sustainable Development of Natural Resources II | Afghanistan | 2012 |
| 82 | Protection of Basic Services Program Phase II Additional Financing and Promoting Basic Services Phase III Project | Ethiopia | 2012 |
| 81 | Vishnugad Pipalkoti Hydro Electric Project | India | 2012 |
| 80 | Improving Rural Livelihoods through Carbon Sequestration Project | India | 2012 |
| 79 | Energy Sector Recovery Project | Kenya | 2012 |
| 78 | Kosovo Power Project (Proposed) | Kosovo | 2012 |
| 77 | Santa Fe Infrastructure Project and Provincial Road Infrastructure Project (Not Registered) | Argentina | 2011 |
| 76 | Red Sea - Dead Sea Water Conveyance Study Program | Israel, Jordan, West Bank and Gaza | 2011 |

| | | | |
|----|---|-------------------------------------|------|
| 75 | Madhya Pradesh Water Sector Restructuring Project (2011) (Second Request) | India | 2011 |
| 74 | South-West Roads: Western Europe-Western China International Transit Corridor - CAREC-1b & 6b (2011) (Second Request) | Kazakhstan | 2011 |
| 73 | Second Norte Grande Water Infrastructure Project | Argentina | 2011 |
| 72 | Madhya Pradesh Water Sector Restructuring Project (2010) (First Request) | India | 2010 |
| 71 | Greater Beirut Water Supply Project | Lebanon | 2010 |
| 70 | Energy Loss Reduction Project (Request from Uzbekistan) | Tajikistan | 2010 |
| 69 | Development Forestry Sector Management Project | Liberia | 2010 |
| 68 | Third Employment, Entrepreneurship and Human Capital Development Policy Loan (Not Registered) | Poland | 2010 |
| 67 | Quilleco Hydropower Project | Chile | 2010 |
| 66 | South-West Roads: Western Europe-Western China International Transit Corridor - CAREC-1b & 6b (2010) (First Request) | Kazakhstan | 2010 |
| 65 | Eskom Investment Support Project | South Africa | 2010 |
| 64 | Tax Administration Reform Project | Pakistan | 2009 |
| 63 | Private Sector Development and Competitiveness Project (Third Request) | Congo, Democratic Republic of | 2009 |
| 62 | Smallholder Agriculture Development Project | Papua New Guinea | 2009 |
| 61 | Lima Urban Transport Project | Peru | 2009 |
| 60 | Land Management and Administration Project | Cambodia | 2009 |
| 59 | Export Development Project (Not Registered) | Kenya | 2009 |
| 58 | Mumbai Urban Transport Project (Third Request) | India | 2009 |
| 57 | Institutional Reform Development Policy Financing | Yemen, Republic of | 2009 |
| 56 | Land Administration Project (Second Request) | Panama | 2009 |
| 55 | Private Sector Development and Competitiveness Project (Second Request) | Congo, Democratic Republic of | 2009 |
| 54 | Private Sector Development and Competitiveness Project (First Request) | Congo, Democratic Republic of | 2009 |
| 53 | Land Administration Project (First Request) | Panama | 2009 |
| 52 | Bogota Urban Services Project | Colombia | 2007 |
| 51 | Santa Fe Road Infrastructure Project and Provincial Road Infrastructure Project (Third Request) | Argentina | 2007 |
| 50 | Urban Development Project and Douala Infrastructure Development Project (Not Registered) | Cameroon | 2007 |
| 49 | Second Urban Environment Sanitation Project | Ghana | 2007 |
| 48 | Integrated Coastal Zone Management and Clean-Up Project (Second Request) | Albania | 2007 |
| 47 | Integrated Coastal Zone Management and Clean-Up Project (First Request) | Albania | 2007 |
| 46 | Power Sector Generation and Restructuring Project | Albania | 2007 |
| 45 | Uttaranchal Decentralized Watershed Development Project | India | 2007 |
| 44 | Private Power Generation Project | Uganda | 2007 |
| 43 | Santa Fe Infrastructure Project (Proposed) and Provincial Road Infrastructure Project (Second Request) | Argentina | 2006 |
| 42 | Santa Fe Infrastructure Project (Proposed) and Provincial Road Infrastructure Project (First Request) | Argentina | 2006 |
| 41 | Parana Biodiversity Project | Brazil | 2006 |
| 40 | West African Gas Pipeline Project | Ghana, Nigeria | 2006 |
| 39 | Mine Closure and Social Mitigation Project | Romania | 2006 |
| 38 | Land Administration Project | Honduras | 2006 |
| 37 | Transitional Support for Economic Recovery Credit and Emergency Economic and Social Reunification Support Project | Congo, Democratic Republic of | 2005 |
| 36 | Forest Concession Management and Control Pilot Project | Cambodia | 2005 |
| 35 | Public Works and Employment Creation Project (Not Registered) | Burundi | 2004 |
| 34 | National Drainage Program Project | Pakistan | 2004 |
| 33 | Mumbai Urban Transport Project (Second Request) | India | 2004 |
| 32 | Mumbai Urban Transport Project (First Request) | India | 2004 |
| 31 | Cartagena Water Supply, Sewerage and Environmental Project | Colombia | 2004 |
| 30 | Indigenous and Community Biodiversity Project (COINBIO) | Mexico | 2004 |
| 29 | Petroleum Development and Pipeline Project (Not Registered) | Cameroon | 2003 |
| 28 | Manila Second Sewerage Project (MSSP) | Philippines | 2003 |
| 27 | Petroleum Development and Pipeline Project, and Petroleum Environment Capacity Enhancement Project | Cameroon | 2002 |

| | | | |
|----|--|---------------------|------|
| 26 | Paraguay/Argentina Reform Project for the Water and Telecommunications Sectors, SEGBA V Power Distribution Project (Yacyretá) | Argentina, Paraguay | 2002 |
| 25 | Governance Promotion Adjustment Loan | Papua New Guinea | 2001 |
| 24 | Third Power Project, Fourth Power Project, and Proposed Bujugali Hydropower Project | Uganda | 2001 |
| 23 | Coal Sector Mitigation Project and Coal Sector Rehabilitation Project | India | 2001 |
| 22 | Petroleum Development and Pipeline Project, Management of the Petroleum Economy Project, and Petroleum Sector Management Capacity Building Project | Chad | 2001 |
| 21 | NTPC Power Generation Project (Second Request) | India | 1999 |
| 20 | Mining Development and Environmental Control Assistance Project | Ecuador | 1999 |
| 19 | Lake Victoria Environmental Management Project | Kenya | 1999 |
| 18 | Land Reform and Poverty Alleviation Pilot Project (Second Request) | Brazil | 1999 |
| 17 | Special Structural Adjustment Loan | Argentina | 1999 |
| 16 | Western Poverty Reduction Project | China | 1999 |
| 15 | Highlands Water Project - Phase 1B (Second Request - from Lesotho and South Africa) | Lesotho | 1999 |
| 14 | Land Reform and Poverty Alleviation Pilot Project (First Request) | Brazil | 1998 |
| 13 | Lagos Drainage and Sanitation Project | Nigeria | 1998 |
| 12 | Proposed Phase 1B of Lesotho Highland Water Project (First Request - from South Africa) | Lesotho | 1998 |
| 11 | Ecocodevelopment Project | India | 1998 |
| 10 | NTPC I Power Generation Project | India | 1997 |
| 9 | Itaparica Resettlement and Irrigation Project | Brazil | 1997 |
| 8 | Jute Sector Adjustment Credit | Bangladesh | 1996 |
| 7 | Yacyretá Hydroelectric Project | Argentina, Paraguay | 1996 |
| 6 | Jamuna New Multipurpose Bridge Project | Bangladesh | 1996 |
| 5 | Financing of Hydroelectric Dams in the Bío-Bío River (Not Registered) | Chile | 1995 |
| 4 | Rondônia Natural Resources Management Project | Brazil | 1995 |
| 3 | Power VI Project | Tanzania | 1995 |
| 2 | Compensation for Expropriation and Extension of IDA Credits to Ethiopia (Not Registered) | Ethiopia | 1995 |
| 1 | Arun III Proposed Hydroelectric Project and Restructuring of IDA Credit | Nepal | 1994 |

Fuente: Sitio web del Panel: <http://www.inspectionpanel.org/panel-cases>

Desde su creación en octubre de 1994 hasta julio de 2019, el Panel recibió 133 casos. El tipo de casos que llegaron a este foro, son los que muestra el siguiente cuadro:

Cuadro 17. Tipología de los casos ante el Panel

| Tipo de casos | No. de casos sobre 133 | % |
|---|------------------------|------|
| Administración pública, derecho y justicia. | 58 | 44,6 |
| Energía y minería | 40 | 30,7 |
| Agua, saneamiento y protección contra inundaciones. | 38 | 29,2 |
| Transporte | 33 | 25,3 |
| Agricultura, pesca y silvicultura. | 26 | 20,0 |
| Protección social (histórico) | 26 | 20,0 |
| Financiación | 10 | 7,6 |
| Educación | 7 | 5,3 |
| Salud y otros servicios sociales (HNP) | 4 | 3,0 |
| Industria y Comercio | 3 | 2,3 |
| Información y comunicaciones | 2 | 1,5 |

Fuente: Cálculos propios. Sitio web del Panel: <http://www.inspectionpanel.org/panel-cases>

Los casos más problemáticos son aquellos que tienen que ver primero con la administración pública y el derecho (41,6%), o sea, relacionados con políticas de ajuste estructural del BM

(fiscales, tributarias, macroeconómicas, institucionales y de administración de justicia) que por lo regular tienden a procesos de modernización del Estado basados en la ortodoxia neoliberal, políticas que han precarizado la vida de las poblaciones del Sur Global (Toussaint: 2004). En segundo lugar, han sido denunciados ante el Panel los proyectos de energía y minas (30,7%) financiados a gobiernos por el BM (como la construcción de infraestructura hidro-energética¹⁹⁰, de plantas térmicas y extractivismo). Luego han sido denunciados proyectos de construcción de acueductos, alcantarillados y protección contra inundaciones (29,2%), los proyectos de transporte o con fines viales (25,3), los proyectos de desarrollo rural y sostenible: agricultura, pesca y silvicultura (20,0%), y los proyectos de protección social (20,50%). Con base en informaciones del mismo Panel¹⁹¹, las políticas operativas que más violan los proyectos denunciados por las víctimas del desarrollo son: acceso a la información en 109 casos de los 130 (81,9%), financiamiento de proyectos de inversión con 95 casos (71,4%), consulta y divulgación con 90 casos (67,6%), reasentamiento involuntario con 70 casos (52,6%), pueblos indígenas con 42 casos (31,5%) y hábitats naturales con 33 casos (24,8%).

¹⁹⁰ Para afrontar los negativos impactos sociales y ambientales de las grandes represas financiadas por el BM, este organismo se vio forzado a establecer en 1992, junto a la Unión Mundial por la Naturaleza (UICN), la Comisión Mundial de Represas (CMR), como foro para evaluar opciones para el desarrollo de los recursos hídricos y energéticos por medio de la creación de lineamientos para la planificación, diseño, diagnóstico, construcción, operación, monitoreo y desmantelamiento de represas. La CMR fue integrada por doce representantes de un amplio espectro de intereses relacionados con las grandes represas, incluyendo gobiernos y organizaciones no gubernamentales, operadores de represas, movimientos sociales locales, academia, asociaciones industriales y consultores.

La CMR dio a conocer en noviembre de 2000 un informe mundial titulado “Represas y desarrollo”. Señaló que entre 40 y 80 millones de personas habían sido desplazadas de sus territorios por la construcción de represas en diferentes lugares del mundo, además de que millones de personas más, habitantes del río debajo de las represas, en particular aquellas que dependían de las planicies de inundación naturales y de la pesca, vieron reducidos sus medios de subsistencia debido a los cambios drásticos en los ecosistemas y hábitats por efecto de estas obras. La CMR encontró que muchos desplazados no fueron reconocidos (o registrados como tales) y, por lo tanto, no fueron reasentados o indemnizados; en los casos en los que se entregó una indemnización, con frecuencia ésta fue insuficiente. El informe concluye con la descripción de estándares y prioridades estratégicas para la toma de decisiones frente a proyectos de represas.

Las recomendaciones de la CMR constituyen una guía comprehensiva de lineamientos para la planificación, evaluación e implementación sustentable de represas, así como para la protección de las comunidades y el ambiente afectados por estos proyectos. El BM debe adoptar las recomendaciones y los estándares desarrollados por la CMR; sin embargo, por la naturaleza de los casos que está conociendo el Panel de Inspección, aún no se asumen con la suficiente diligencia los lineamientos de la CMR. Ver informe de CMR (2000) en www.dams.org.

¹⁹¹ <http://www.inspectionpanel.org/panel-cases/data> (Consultada el día 5 de junio de 2019).

Entre los impactos identificados por el Panel que se han presentado sistemáticamente, en especial en los proyectos del sector energético, se incluyen incumplimiento a las políticas de reubicación de comunidades afectadas; falta de divulgación de los proyectos y de sus impactos; falta de consulta adecuada con comunidades afectadas, y el incumplimiento de políticas y estándares ambientales y sociales, lo que se traduce en graves desastres en ecosistemas y hábitats.

1.1.6. ¿Cuál es la eficiencia de las recomendaciones del Panel para la protección de los derechos humanos?

Ya se advirtió que el Panel no es un tribunal de justicia, por lo cual no tiene facultades para emitir sentencias vinculantes y ejecutables (BM: 2010: 29). Las pretensiones de las quejas pueden ser: (i) que la administración del BM tome acción para corregir el daño, de manera rápida cuando corrobore los perjuicios, o luego de un plan de acción. La decisión será adoptada por el directorio banco que la presentará a manera de recomendaciones al finalizar la investigación; (ii) solicitar propiamente una verificación de observancia para determinar si las violaciones de las políticas y procedimientos del BM estuvieron relacionadas con el daño; (iii) y prevenir daños en futuros proyectos del BM a través de buenas prácticas. No prospera ante esta instancia, pretender que el daño ocasionado por un proyecto financiado por el BM, termine el proyecto (Panel: 2009; 2018).

El Panel al no ser un tribunal con autoridad, no puede obligar a la implementación de las soluciones o recomendaciones que haga frente al problema. El Panel informa directamente al directorio ejecutivo del BM, y es esta administración la que tiene la responsabilidad de: (i) abordar y responder los hallazgos del Panel; (ii) determinar la culpabilidad o inocencia del personal del BM relacionado con el proyecto demandado; (iv) el Panel hace sólo seguimiento al cumplimiento de las cuestiones adoptadas por la administración del banco; y (v) el Panel no investiga al gobierno prestatario, sólo al BM.

La efectiva solución a los casos que se presentan al Panel no depende de él sino de la directiva del BM, lo que con frecuencia causa tensiones en el proceso. Las denuncias llevadas ante el Panel provocan fuertes reacciones en la gerencia y en el directorio del Banco Mundial, autoridades que tienen la tendencia a ponerse a la defensiva, negar las violaciones alegadas a los procedimientos institucionales, cuestionar la legitimidad de los

denunciantes y, en varias ocasiones, poner en duda las conclusiones del Panel (Clark; *et al.*: 2005, 301).

Esas tensiones se reflejan en los resultados de las denuncias ante este foro. De las solicitudes de inspección recibidas por el Panel en sus veinticinco años de funcionamiento (hasta junio de 2018), el Panel reportó las siguientes cifras: solicitudes recibidas: 126; registradas: 93 (73,8%); investigaciones recomendadas 42 (33,3%); investigaciones abiertas: 35 (27,7%); y 2 pilotos (Panel: 2018b, 31).

Con base en esos datos se pueden hacer los siguientes cálculos sobre la efectividad de este mecanismo de la justicia global corporativa : no se registraron 33 casos (26,1%) y de las 93 quejas registradas sólo se abrió investigación en 35 denuncias. Esto indica que un bajo 27,7% del total de las 126 denuncias presentadas por las víctimas del desarrollo en 25 años ante este mecanismo, tuvieron algún tipo de solución. Es decir, 91 quejas (72%) presentadas ante el Panel quedaron en el limbo, sin respuestas. Este alto porcentaje puede explicarse en primer lugar porque finalmente los criterios de admisibilidad que utiliza el Panel son difíciles de cumplir para los afectados, y en segundo lugar por la gran discrecionalidad con que cuenta la directiva del BM para solucionar o no los casos; ambos factores se convierten en obstáculos de acceso a la justicia de las víctimas del desarrollo en este foro.

Una debilidad estructural del proceso en el Panel es que está diseñado para presentarle sus conclusiones al directorio del BM y no para prescribir y supervisar directamente las soluciones a los problemas presentados. Este papel de intermediario que cumple el Panel, con frecuencia genera contradicciones en el proceso: aunque las investigaciones del Panel confirmen daños originados en violaciones a las políticas del BM, las soluciones (planes de acción) son propuestas por la gerencia.

En suma, se encarga a los mismos funcionarios del BM que pudieron ser responsables de los daños, para que resuelvan los problemas que ocasionaron pero que niegan persistentemente. El directorio debe hacer el seguimiento a las soluciones adoptadas, y el Panel queda excluido de las decisiones finales que se adopten en el plan de acción. El Panel se facultó hace unos años para hacer seguimiento a las decisiones adoptadas por el directorio, pero no es un papel dirigido a asegurar que las soluciones sean efectivas. Esto

lleva a que muchas denuncias se vuelvan a presentar. Por ejemplo, las represas del río Bío-Bío (Chile) o de Yacyretá (entre Argentina y Paraguay) (Clark; *et al.* 2005, 311).

A pesar de las dificultades anotadas, el Panel constata estos avances: los procesos adelantados ante el Panel inciden en la ejecución de los proyectos en el terreno; el historial de casos tramitados ha transformado la manera de operar del BM ante proyectos similares a aquellos sometidos a inspección; se mejoró el diseño de los planes de reasentamiento y las indemnizaciones; hubo cambios en los enfoques relativos a ciertos marcos de política en países prestatarios; se crearon mecanismos nacionales de recepción de denuncias; hubo mayor divulgación de información, fortalecimiento en la supervisión de los proyectos y creciente atención a la subsistencia de los pueblos indígenas (BM: 2010, xiii).

1.2. LA OFICINA DEL OMBUDSMAN Y ASESOR EN MATERIA DE OBSERVANCIA (CAO)

1.2.1. ¿Cuáles son los orígenes, trayectoria, y naturaleza de la CAO?

La Oficina del Ombudsman y Asesor en materia de Observancia (CAO, por su sigla en inglés) fue creada en 1999 como un mecanismo independiente de responsabilidad y transparencia para la Corporación Financiera Internacional (IFC, por su sigla en inglés) y la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA, por su sigla en inglés), organismos del Grupo del Banco Mundial encargados de conceder préstamos y garantías al sector privado. Como instancia independiente informa directamente al Presidente del Banco Mundial. La CAO recibe y da respuestas a las quejas presentadas por particulares o comunidades afectados por proyectos de la IFC y MIGA (CAO: 2009, 53), instituciones que en teoría “promueven la reducción de la pobreza mediante el desarrollo del sector privado en países de todo el mundo” (CAO: 2014, 85). No constituye un tribunal de administración de justicia que emita sentencias vinculantes para el Banco Mundial, se trata más bien de espacio de conciliación, investigación y auditoría. Su labor consiste en encontrar soluciones amigables a los asuntos que conoce, y en su defecto, con base en el apoyo de auditorías efectuadas por expertos, emite unas recomendaciones que contienen soluciones para el caso, en cuya implementación tiene facultades de supervisión.

1.2.2. ¿Cuáles son los fundamentos legales de la CAO?

La CAO funciona con base en las políticas operativas del Banco Mundial y en unas Pautas Operacionales¹⁹² que contienen los criterios de elegibilidad de un caso relacionado con un proyecto financiado al sector privado por IFC/MIGA. Estos criterios de admisibilidad básicamente indican que los casos deben implicar impactos reales o potenciales a nivel ambiental y social de los proyectos demandados. La CAO tiene tres roles, en fases distintas del proceso, que promueven la resolución de disputas y la responsabilidad externa para la IFC y del MIGA. La CAO sigue un procedimiento específico para todas las reclamaciones cuando ellas cumplen los tres criterios de admisibilidad:

-En función de Ombudsman: La CAO trabaja primero con el denunciante, el financiador del proyecto y otros interesados locales para determinar si las partes, en conjunto, pueden hallar una solución mutuamente aceptable al problema planteado. Para responder a las reclamaciones de personas o comunidades afectadas por proyectos, la CAO intenta en esta fase resolver los temas que surgen, usando un enfoque flexible de resolución de conflictos.

-En función de cumplimiento (verificación de observancia): la CAO supervisa las auditorías del desempeño social y ambiental de la IFC y del MIGA, particularmente en relación con proyectos de gran impacto; también busca asegurar el cumplimiento de políticas, directrices, procedimientos y sistemas de control. En la verificación de la observancia se evalúan si las cuestiones planteadas en la reclamación prueban la falta de diligencia debida en materia social y ambiental por parte de la IFC o el MIGA en el proyecto cuestionado. La CAO realiza una evaluación inicial y, si estima necesario puede efectuar una auditoría, para lo cual convoca a un grupo independiente para investigar las cuestiones planteadas. Las conclusiones se dan a conocer públicamente, y la CAO supervisa la implementación de las recomendaciones hasta que el proyecto cumpla nuevamente las normas correspondientes. La auditoría de la observancia de las normas se centra en la IFC y el MIGA, y no en el cliente del sector privado que recibió el apoyo financiero de la IFC o el MIGA.

-En función de asesor: provee un asesoramiento independiente al presidente del BM y a la gerencia de la IFC y del MIGA en relación con políticas ambientales y sociales más amplias,

¹⁹² <http://www.cao-ombudsman.org/howwework/2012OperationalGuidelinesUpdate.htm>

directrices, procedimientos, temas estratégicos y otros que surgen de las investigaciones de las denuncias y de las auditorías de observancia de las normas vigentes.

1.2.3. ¿Quiénes y cómo activan a la CAO?

Al igual que con el Panel de Inspección, la legitimación por activa es amplia: cualquier individuo, grupo, comunidad u otras partes, pueden presentar una reclamación a la CAO cuando sean perjudicados por un proyecto financiado por la IFC o el MIGA. Son válidas las reclamaciones hechas a través de un representante o una organización de la sociedad civil que actúen en nombre de los afectados.

Las reclamaciones deben ser presentadas por escrito y pueden presentarse en cualquier idioma. Deben enviarse físicamente o por medios electrónicos a la Oficina de la CAO en Washington. Funciona también en esta instancia la garantía de la confidencialidad de la identidad de los reclamantes cuando estos lo estimen conveniente, pero no se tramitan quejas anónimas. Las denuncias pueden acompañarse con el material probatorio disponible, el cual no será difundido sin el consentimiento de quienes lo presenten (CAO, 2009: 58). Como perfil de los reclamantes en 2018, se tiene que el 40% de las denuncias fueron realizadas directamente por las comunidades afectadas, y un 35% con la ayuda de organizaciones locales de la sociedad civil, en 19% promovidas en alianza con organizaciones internacionales y en un 6% los casos se asumieron de oficio por la CAO (2018, 21).

1.2.4. ¿Cuáles son los procedimientos de la CAO?

Las fases del procedimiento del que se encarga la CAO están contempladas en las Directrices Operacionales de este mecanismo de solución de controversias del BM. En cada fase la CAO desempeña alguno de los roles contemplados en su mandato.

En teoría las reclamaciones elegibles para evaluación tienen un carácter informal para facilitar el acceso al mecanismo. Se han definido tres criterios de admisibilidad: 1) la reclamación debe referirse a un proyecto financiado por la IFC y el MIGA, o que está en proceso de ser financiado por estas entidades; 2) las situaciones denunciadas deben

pertenecer al mandato de la CAO, básicamente en impactos sociales y ambientales, directos o potenciales, de un proyecto de la IFC y de la MIGA y, 3) los solicitantes o sus representantes deben ser afectados por tales proyectos. No son admisibles denuncias sobre fraude y/o corrupción en los proyectos, caso en el cual la CAO traslada estas denuncias a la Oficina de Integridad Institucional del Grupo del Banco Mundial; tampoco recibe acusaciones sobre decisiones de la IFC o el MIGA relativas a adquisiciones.

Radicada la reclamación la CAO cuenta con 15 días hábiles, a partir de acusar el recibo, (sin contar el tiempo necesario para la traducción de las reclamaciones y la documentación probatoria) para informar si la reclamación es admisible de acuerdo con los tres criterios descritos atrás; con este acto se abre una fase mediación y conciliación.

Entre 1999 y junio de 2018, la CAO recibió 525 reclamaciones. De las 525 reclamaciones, 351 no cumplieron los requisitos de elegibilidad para evaluación, o sea, un 66,9% de las mismas. Nuevamente aquí es elevado el porcentaje de denuncias que se archivan pese a que los criterios de admisibilidad se recalcan como de fácil acceso. De manera similar a lo que ocurre con el Panel, tampoco existe en este procedimiento de la CAO posibilidades para que los denunciante puedan recurrir o apelar las decisiones sobre admisibilidad. Este rechazo de trámite de las denuncias por parte de la CAO, hace que las comunidades afectadas y sus representantes intenten otra vez su presentación.

En la fase de mediación y conciliación, la CAO actúa en función de Ombudsman. Pone en marcha un proceso de mediación entre las partes del conflicto (el denunciante, la entidad que financia el proyecto y otros interesados locales) para hallar una solución conciliada al problema. El Ombudsman no emite juicios sobre el fondo de una reclamación, ni impone soluciones, así como tampoco formula críticas. El propósito de esta labor es hacer claridad sobre los hechos, facilitar el intercambio de opiniones entre los principales interesados, mediar en las disputas entre las partes, establecer una mesa de diálogo o un programa de seguimiento conjunto, todo dentro de un esfuerzo de solución amigable del conflicto. Si se

requiere la CAO vincula al proceso mediadores independientes que tienen experiencia en tareas de facilitación y formación de consenso en torno a proyectos de desarrollo.

La fase de evaluación y auditoría comienza cuando una reclamación no ha podido resolverse con la mediación del Ombudsman. La CAO asume entonces la función de observancia de la situación que desde ahí se convierte en un “caso”.

Con la verificación de la observancia, la CAO evalúa si las cuestiones planteadas en la reclamación implican violaciones a las reglas en materia social y ambiental que deben aplicar la IFC o el MIGA en el proyecto denunciado. Con tal evaluación inicial se decide la procedencia de una auditoría, para lo cual convoca a un grupo independiente que verifique las presuntas violaciones a las políticas operativas del BM. Las conclusiones se dan a conocer públicamente y la CAO supervisa la implementación de las recomendaciones que se hagan para que el proyecto cumpla nuevamente con las normas correspondientes. Es importante señalar que la auditoría de la observancia de las normas se centra en la IFC y el MIGA y no en el patrocinador del proyecto (el cliente del sector privado que recibió la financiación).

1.2.5. ¿Qué tipo de casos conoce la CAO?

La mayoría de las reclamaciones en la CAO por sector están asociadas con proyectos: extractivos de tipo energético (minería, petróleo, gas y químicos) que representan un 19% de los casos; los de construcción de infraestructura (oleoductos, hídrica y electricidad) son el 29% de las denuncias; los proyectos agroindustriales son el 17%; los de manufactura y servicios alcanzan el 16% y los vinculados a mercados financieros representan el 14% (CAO: 2018, 22).

1.2.6. ¿Cuál es la eficiencia de la CAO para la protección de los derechos humanos?

En el cuadro siguiente se hace un balance del nivel de efectividad de las soluciones dadas a los casos, en las diferentes etapas del proceso ante la CAO:

Cuadro 18. Total casos ante la CAO de 2000 - 2018 (junio)

| Año | Total denuncias | Casos admisibles | % |
|--------------|------------------------|-------------------------|--------------|
| 2000 | 0 | 0 | 0 |
| 2001 | 7 | 1 | 14,2 |
| 2002 | 10 | 3 | 30,0 |
| 2003 | 12 | 2 | 16,6 |
| 2004 | 14 | 9 | 64,2 |
| 2005 | 19 | 17 | 89,4 |
| 2006 | 12 | 5 | 41,6 |
| 2007 | 17 | 8 | 47,0 |
| 2008 | 19 | 12 | 63,1 |
| 2009 | 18 | 7 | 38,8 |
| 2010 | 23 | 7 | 30,4 |
| 2011 | 24 | 12 | 50,0 |
| 2012 | 33 | 14 | 42,4 |
| 2013 | 42 | 15 | 35,7 |
| 2014 | 54 | 15 | 27,7 |
| 2015 | 63 | 16 | 25,3 |
| 2016 | 52 | 8 | 15,3 |
| 2017 | 51 | 9 | 17,6 |
| 2018 | 55 | 13 | 23,6 |
| Total | 525 | 174 | 33,1% |

**Fuente: Cifras tomadas de los informes anuales de la CAO 2000-2018
www.cao-ombudsman.org**

En dieciocho años fueron presentadas 525 denuncias ante la CAO por las víctimas del desarrollo, cifra casi 4 veces superior a las 133 denuncias presentadas ante el Panel de Inspección, en un período similar, frente a proyectos financiados a los gobiernos. Esta cifra de quejas ante la CAO indica claramente que los proyectos que financia el Banco Mundial a inversionistas privados multiplican los conflictos, porque la lógica privada tiende a ser más agresiva frente a los derechos de las comunidades donde se establecen los proyectos, frente a los ecosistemas y recursos naturales y respecto a los estándares legales para la garantía de los derechos o para la transparencia de los negocios; esto aumenta la frecuencia de las violaciones a las políticas operativas del BM.

También llama la atención que desde el año 2010, el número de denuncias viene en incremento, lo que indica que el activismo socio-jurídico cosmopolita de las víctimas del

desarrollo se ha intensificado, haciendo mayor presencia en los espacios de la justicia global corporativa.

Para reducir la complejidad de las cifras que presenta la CAO en sus informes anuales, propongo el siguiente cuadro donde se ve claramente que de los 174 casos aceptados hasta junio de 2018, han recibido algún tipo de respuesta o solución 128, lo que indica que en general y sobre la base del total de los 525 reclamos incoados por las víctimas del desarrollo, el nivel de eficiencia del mecanismo de la CAO es del 24,3%; nivel muy bajo: apenas la cuarta parte de las reclamaciones formuladas recibieron algún tipo de respuesta.

Cuadro 19. Resolución efectiva de casos ante la CAO de 2000 - 2018

| | | Fase de evaluación | | Fase de resolución de conflictos | | Fase de cumplimiento | |
|---|--------------|-------------------------------|-----------|---------------------------------------|--------------------------------------|----------------------|--|
| Años | Total quejas | Casos no elegibles/ retirados | En curso | Cerrados/ resueltos | Investigación/ Evaluación/ monitoreo | Cerrados | |
| 2000 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | |
| 2001 | 7 | 6 | - | - | 1 | - | |
| 2002 | 10 | 7 | - | 3 | - | - | |
| 2003 | 12 | 10 | 10 | 1 | 1 | - | |
| 2004 | 14 | 4 | - | 9 | - | - | |
| 2005 | 19 | 2 | 3 | 13 | 1 | - | |
| 2006 | 12 | 7 | - | 2 | 3 | - | |
| 2007 | 17 | 9 | 1 | 2 | 5 | - | |
| 2008 | 19 | 7 | 2 | 5 | 5 | - | |
| 2009 | 18 | 11 | 1 | 6 | - | - | |
| 2010 | 23 | 16 | 1 | 3 | 3 | - | |
| 2011 | 24 | 12 | 6 | 1 | 5 | - | |
| 2012 | 33 | 19 | 11 | - | 3 | - | |
| 2013 | 42 | 27 | 13 | - | 2 | - | |
| 2014 | 54 | 39 | 8 | 1 | 6 | 1 | |
| 2015 | 63 | 47 | - | 7 | 5 | 4 | |
| 2016 | 52 | 44 | - | 1 | 5 | 2 | |
| 2017 | 51 | 42 | - | - | 7 | 2 | |
| 2018 | 55 | 42 | - | 3 | 6 | 4 | |
| Total | 525 | 351 | 55 | 57 | 58 | 13 | |
| Casos tramitados | 174 | | | Casos con alguna solución: 128 | | | |
| % de resolución efectiva sobre 525 | 33,1% | | | 24,3% | | | |

Fuente: Cálculos propios con base en los informes anuales de la CAO 2000-2018
www.cao-ombudsman.org

Calculando el nivel de efectividad de los casos realmente aceptados y tramitados en la CAO se tiene que de las 575 denuncias incoadas ante este mecanismo, 174 fueron consideradas admisibles (33,1%). Es decir, que 351 quejas (el 66,9%) fueron desestimadas de entrada,

y las personas o comunidades afectadas en sus derechos se quedaron sin ninguna respuesta o solución a sus problemas.

1.3. EL MECANISMO INDEPENDIENTE DE INVESTIGACIONES DEL BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID)

Este Banco se creó en 1959 como una asociación financiera entre 19 países latinoamericanos y los Estados Unidos. Actualmente tiene 48 países miembros, de los cuales 26 son miembros prestatarios en la región y el resto son países miembros de Europa en su mayoría y tres asiáticos (Israel, Japón y República de Corea). Por su composición en países y capital el BID es el banco regional de desarrollo más antiguo y más grande del mundo. Su misión está encaminada a acelerar el proceso de desarrollo económico y social de los países miembros regionales en vías de desarrollo, para reducir la pobreza y la desigualdad, en un marco de desarrollo sostenible.

El poder de votación de cada país está basado en las suscripciones al capital ordinario de la institución. El grupo del BID está integrado por tres instituciones: El BID propiamente dicho, la Corporación Interamericana de Inversiones¹⁹³ y el Fondo Multilateral de

¹⁹³ La Corporación Interamericana de Inversiones (CII): Se creó en 1989 como una entidad multilateral para respaldar proyectos del sector privado de América Latina y el Caribe, en particular de pequeñas y medianas empresas. Proporciona financiamiento en forma de préstamos directos e inversiones de capital, líneas de crédito a intermediarios financieros locales e inversiones en fondos de inversión de ámbito local y regional. En cierto sentido, el financiamiento aportado por la CII constituye capital semilla. La Corporación sirve de catalizador para captar otros recursos: financiamiento adicional, tecnología y conocimientos especializados. Estos recursos se movilizan a través de operaciones de cofinanciamiento y sindicación, apoyo a suscripciones de valores e identificación de socios para la formación de empresas conjuntas.

Las operaciones de esta entidad no requieren garantía gubernamental y se respalda en la participación de otros inversionistas. Todas las facultades de la Corporación residen en la Asamblea de Gobernadores, que se compone de un representante y un suplente de cada país miembro. El poder de voto es proporcional al número de acciones pagadas por cada país. La Corporación es un organismo afiliado al Banco Interamericano de Desarrollo, pero es jurídicamente autónoma y sus recursos y administración son independientes de los del BID.

La Corporación está formada por 42 países, 26 prestatarios de América Latina y Caribe, 13 países europeos, USA, Israel y Japón. Tiene un capital autorizado de más de 700 millones de dólares, cerca de la mitad se dedica por año a beneficiar a más de 400 empresas. Cfr. <http://spanish.iic.int/annualreport/>

Inversiones¹⁹⁴, las dos últimas implementadas para financiar actividades del sector privado en la región¹⁹⁵.

Los miembros del Banco Interamericano de Desarrollo se diferencian en regionales (Latinoamérica y el Caribe) y no-regionales. Los regionales son clientes y accionistas al mismo tiempo. Juntos tienen un poder de votación del 50.6 % en el Banco. Sobresalen Argentina y Brasil con el 10% cada uno, Venezuela con el 5% y el resto está alrededor del 1%. Los países no regionales participan como accionistas. Estados Unidos posee un 30% de los votos totales, Japón el 5%, Canadá el 4% y el restante 11% se distribuye de manera más o menos uniforme entre los restantes miembros no regionales.

Todo país interesado en ingresar al BID como miembro regional debe ser miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA). Los países que desean ser admitidos como miembros no regionales, deben ser miembros del Fondo Monetario Internacional. En ambos casos, el país postulante a membresía debe suscribir acciones del capital ordinario y la contribución al fondo para operaciones especiales.

Entre 1976 y 1986 ingresaron al Banco los 18 países no regionales, que incluyen a 16 países europeos, Israel y Japón. Tras la desintegración de Yugoslavia, en 1993 se unieron Croacia y Eslovenia. Las restantes repúblicas ex integrantes de Yugoslavia optaron por no

¹⁹⁴ En 1992, 21 países miembros del Banco Interamericano de Desarrollo crearon el Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN) con el objetivo de promover el desarrollo del sector privado en América Latina y el Caribe a través de un fondo independiente administrado por el BID. A principios de 2006, treinta y tres países se habían incorporado al mismo en calidad de miembros y el monto recaudado por el Fondo alcanzó US \$1.300 millones, de los cuales se han asignado US \$1000 millones para unos 800 proyectos. Todos los miembros del fondo son donantes y contribuyen al capital del FOMIN, pero solamente los países de la región utilizan los fondos. Con los recursos de contrapartida de sus socios, los proyectos del FOMIN alcanzan más de 2.000 millones de dólares en asistencia técnica a proyectos de desarrollo del sector privado en América Latina y el Caribe.

¹⁹⁵ Hasta 2006 el dinero del BID otorgado al sector privado no podía sobrepasar el 3% del presupuesto total del banco. En la reunión anual del BID en Bello Horizonte en 2006, se aumentó el porcentaje del presupuesto anual para financiar al sector privado hasta un 12% del presupuesto total.

solicitar ingreso al Banco, con la excepción de Serbia-Montenegro. La República de Corea ingresó como país miembro en 2005.

La autoridad máxima del BID es la Asamblea de Gobernadores integrada por los representantes de los 48¹⁹⁶ países miembros, generalmente ministros de Hacienda o Finanzas, presidentes de bancos centrales o altos funcionarios públicos. El poder de votación es directamente proporcional al capital que el país suscribe a la institución. La Asamblea de Gobernadores se reúne una vez por año para revisar las acciones institucionales durante el año y programar las siguientes.

En la sede del BID en Washington, la Asamblea de Gobernadores está representada por el Directorio Ejecutivo. Este tiene 14 representantes de países regionales y no regionales. El Directorio Ejecutivo supervisa diariamente las operaciones del Banco. Los Gobernadores eligen o asignan a los Directores Ejecutivos por un período de tres años. Estos establecen las políticas de la institución, aprueban proyectos, determinan las tasas de interés a cobrarse por los préstamos, autorizan los empréstitos a realizarse en los mercados de capital, y aprueban el presupuesto administrativo de la institución. Cada Director Ejecutivo responde a sus gobernadores y al presidente del banco. Las labores cotidianas del BID están a cargo de un equipo de gerencia. El Presidente del BID es elegido por la Asamblea de Gobernadores para ocupar el cargo por un período de cinco años. Este supervisa las operaciones diarias del Banco, encabeza las reuniones del Directorio Ejecutivo pero no tiene voto, salvo que sea necesario para dirimir un empate (Delaplace: 2005).

¹⁹⁶ <http://www.iadb.org/es/acerca-del-bid/directorio-ejecutivo-del-bid,6124.html>

1.3.1. ¿Cuáles son los orígenes, trayectoria y naturaleza del Mecanismo Independiente de Investigaciones (MII)?

En 1994 la Asamblea de Gobernadores del BID creó un mecanismo de transparencia y de rendición de cuentas ante la sociedad civil (documento AB-1704, párrafo 2.97), siguiendo la línea trazada por el Panel de Inspección del BM de *accountability* externa (Lacuisse: 2017, 350), y también en respuesta a diversas presiones de organizaciones de la sociedad civil de la región.

El Mecanismo de Investigación Independiente (MII) se instaló como una estructura independiente de la Administración, para ganar en transparencia, responsabilidad institucional y efectividad de la gestión del Banco. Para su funcionamiento se nombró a un Coordinador de tiempo parcial, acompañado de un grupo de 15 investigadores, personal designado por el Presidente del BID y ratificado por el Directorio Ejecutivo.

La naturaleza del Mecanismo de Investigación Independiente consiste en una función de inspección que se adelanta cuando existe una solicitud de investigación para establecer si la institución se ha ceñido a sus políticas operativas, y si con su incumplimiento ha afectado directa o potencialmente derechos de las comunidades en cuyos lugares se preparan o ejecutan proyectos del BID.

El MII funcionó como mecanismo de inspección hasta febrero de 2010 cuando fue reemplazado por el Mecanismo Independiente de Consulta e Investigación (MICI)¹⁹⁷. El MII

¹⁹⁷ Previamente al establecimiento del MICI el Directorio Ejecutivo del BID había hecho intentos para reformar el MII. A principios del año 2005 hizo la propuesta de un Mecanismo de Consulta y Revisión de Cumplimiento (MCRC) con la finalidad de ampliar su alcance e incrementar la responsabilidad general y la eficiencia del proceso (BID, 2005: Introducción, 2). Las medidas más sobresalientes de la propuesta fueron: (i) se institucionalizaba el mecanismo creando una oficina con personal de tiempo completo para tramitar los procesos de inspección, cambiando la figura de consultores *ad hoc* por una comisión permanente de tres investigadores; (ii) se creaba un registro público con todas las solicitudes de inspección y de las medidas tomadas por el Banco; (iv) se fijaban plazos concretos para el proceso; (v) se incorporaba una fase de consulta previa a la investigación, cuyo objetivo consistía en analizar posibles soluciones a las inquietudes de las poblaciones afectadas por las operaciones financiadas por el Banco (ibíd., 3), o sea, un acuerdo directo entre las partes que evitaba activar la segunda fase de investigación y revisión de cumplimiento, a la que se llegaría sólo si los reclamantes no estaban satisfechos con las soluciones dadas y no se lograba conciliación; (vi) el proceso en su segunda fase se adelantaría por la comisión que investigaría la queja y elaboraría recomendaciones respecto a la necesidad y pertinencia de adoptar medidas preventivas o correctivas, que antes de ser efectivas, pasarían por la revisión y ratificación del Directorio del Banco.

en 15 años sólo sometió cinco casos a su consideración. Por ello fue considerado como un mecanismo de baja efectividad y con enormes retrasos en la tramitación de las peticiones (BID: 2010a, 5), razones suficientes para su reemplazo por el MICI.

1.3.2. ¿Cuáles son los fundamentos legales del mecanismo independiente de rendición de cuentas del BID?

En sus quince años de existencia, el MII operó sujeto a una política aprobada por el Directorio Ejecutivo del BID en los documentos GN-1830-1 y GN-1830-11. Este mecanismo tuvo como marco de referencia exclusivo las Políticas Operativas del BID, y la posibilidad de que este mecanismo recibiera y aceptara quejas por presuntas violaciones de derechos humanos de las comunidades afectadas en aplicación de las políticas bancarias.

El BID adoptó un conjunto de políticas operativas en respuesta a presiones de la sociedad civil y retomando la experiencia del Banco Mundial, con el propósito de institucionalizar un marco de acción claro para todas sus actividades y para proteger a las poblaciones ubicadas en las zonas de implementación de sus políticas y proyectos. Aunque la adopción de este marco normativo fue un avance para reforzar la transparencia y la eficiencia de la gestión del BID en sus operaciones relativas a préstamos y asistencia técnica en los países miembros prestatarios, esas políticas no se sustentaron en las normas y estándares del derecho internacional de los derechos humanos (Delaplace: 2005, 229).

Las políticas operativas del BID vigentes desde 1994 se dividen en: políticas operacionales generales que son comunes a todas las actividades de financiamiento, y políticas sectoriales con lineamientos específicos sobre los distintos sectores de actividad¹⁹⁸. La

EL MCRC recibió grandes críticas por parte de diversas organizaciones de la sociedad civil: no solucionaba el problema de acceso de las personas afectadas al imponérseles requisitos complejos para activar el mecanismo, tampoco se conseguía que funcionara como una instancia independiente del BID y se presentaba como un recurso de poco alcance para amparar a las poblaciones afectadas contra posibles violaciones a sus derechos, pues no preveía medidas de carácter jurídico ni vinculante para compensar a los solicitantes perjudicados por una operación financiada por el BID (Delaplace: 2005, 225). La reforma del MII se aplazó hasta febrero de 2010 cuando entró en funcionamiento el MICI que recogió parte de la reforma planteada por el Banco en 2005.

¹⁹⁸ Véase el sitio web del BID: <http://www.iadb.org/es/acerca-del-bid/financiamiento-del-bid/politicas-operacionales-generales-,6085.html>)

institución también tiene una política sobre el acceso a la información sobre sus actividades operacionales.

Las Políticas Operacionales Generales, se relacionan con los siguientes ámbitos de acción: el acceso a la información (OP-101 y 102), la formulación de los programas operativos del Banco (OP-2001 y 202), sus políticas de préstamo (OP-301 a 309), sus políticas de asistencia técnica (OP-401 a 404), la adquisiciones de bienes y servicios (OP-501 a 505), su relación con los organismos subregionales de financiamiento (OP-601 a 602) y el origen y uso de sus fondos (OP-901 a 905). También el BID se dotó de Políticas Operativas Sectoriales aplicables a sus operaciones de préstamos en diferentes sectores económicos; Políticas Multisectoriales (OP-701 a 711) que incluyen una Política sobre Medio Ambiente (OP-703) y otra sobre Reasentamiento Involuntario (OP-710). Cuenta con Políticas para Sectores productivos específicos (OP-721 a 726); Políticas para los Sectores de Infraestructura específicos (OP-731 a 733), Políticas sobre Sectores de Infraestructura Social (Op-741 a 746), Políticas relativas a Programas de Desarrollo Integrado (OP-751 y 752) y Políticas para Áreas Especiales, en particular una Política sobre Mujeres en el Desarrollo (OP- 761) y otra para Pueblos Indígenas (OP- 765).

Para ilustrar con base en qué criterios funcionan esas políticas, tomemos como ejemplo la política 765, relativa a Pueblos Indígenas¹⁹⁹. Como objetivo de la política se dice que el BID contribuirá al desarrollo de los pueblos indígenas mediante el apoyo a los gobiernos de la región y a los pueblos indígenas en el logro de dos propósitos: (a) Apoyar el desarrollo con identidad de los pueblos indígenas, incluyendo el fortalecimiento de sus capacidades de gestión. Y (b) salvaguardar a los pueblos indígenas y a sus derechos de los impactos adversos potenciales y de la exclusión en los proyectos de desarrollo financiados por el Banco.

En cuanto al desarrollo con identidad indígena, el BID entiende que debe apoyara los gobiernos nacionales y a los pueblos indígenas de la región, así como a los actores relevantes del sector privado y de la sociedad civil para incorporar los temas indígenas en las agendas locales y nacionales de desarrollo y en el inventario de proyectos del Banco.

¹⁹⁹ El Directorio del BID resolvió en septiembre del 2003 desarrollar una Política Operativa sobre Pueblos Indígenas y además del Marco Estratégico de Desarrollo para los Pueblos Indígenas que incluyó un proceso de consulta con la sociedad civil.

En las actividades y operaciones con enfoque general que no estén enfocadas directamente en los pueblos indígenas pero que puedan afectarlos, el Banco promoverá entre los países prestatarios o proponentes de proyectos los ajustes apropiados para atender las necesidades y oportunidades de desarrollo de los pueblos indígenas. En razón de esto se tomarán medidas complementarias que sean técnicamente factibles para: (i) identificar y focalizar a los pueblos indígenas potencialmente beneficiados; (ii) implementar procesos socioculturalmente apropiados y efectivos de consulta con dichos pueblos; (iii) respetar el conocimiento tradicional y el patrimonio cultural, natural y social, así como los sistemas propios en los ámbitos social, económico, lingüístico, espiritual y legal; (iv) adaptar los servicios y otras actividades para facilitar el acceso de los beneficiarios indígenas, incluyendo un tratamiento equitativo y, siempre que sea factible, adecuación de procedimientos y criterios, programas de capacitación y compensación de factores de exclusión; y (v) diseñar las medidas y actividades complementarias mediante negociaciones de buena fe con las comunidades indígenas afectadas.

El Banco insiste que procurará abordar, en la medida de lo factible y apropiado, los distintos componentes del desarrollo con identidad, entre los cuales se destacan: (a) hacer visibles y comprensibles los retos del desarrollo indígena en los contextos rurales y urbanos; (b) el desarrollo de soluciones socioculturalmente apropiadas para mejorar la disponibilidad y calidad de los servicios sociales, particularmente de salud y educación propios para los pueblos indígenas; (c) el reconocimiento, articulación e implementación de los derechos indígenas contemplados en las normas de derecho aplicables; (d) el apoyo a la cultura, la identidad, el idioma, las artes y técnicas tradicionales, los recursos culturales y la propiedad intelectual de los pueblos indígenas; (e) el fortalecimiento de los procesos de legalización y administración física de los territorios, las tierras y los recursos naturales tradicionalmente ocupados o aprovechados por los pueblos indígenas, de conformidad con las normas de derecho aplicables, así como con los objetivos de protección del medio ambiente; (f) en proyectos de manejo o extracción de recursos naturales o gestión de áreas protegidas, la promoción de mecanismos apropiados de consulta, de participación en la gestión de los recursos naturales y participación en los beneficios de los proyectos por parte de los pueblos indígenas en cuyas tierras y territorios se desarrollen tales proyectos; (g) el desarrollo de iniciativas socio-culturalmente apropiadas para mejorar el acceso de los pueblos indígenas a los mercados financieros, productivos y laborales, a la asistencia

técnica y a las tecnologías de información; (h) el apoyo a la gobernabilidad de los pueblos indígenas mediante el fortalecimiento de las capacidades, las instituciones y los procesos de gestión, toma de decisiones y administración de las tierras y territorios en los ámbitos local, nacional y regional, etc.; (i) el apoyo a la participación, al liderazgo y a la protección de las mujeres, los ancianos, los jóvenes y los niños; y (j) el fortalecimiento de la capacidad institucional de los pueblos indígenas, de las entidades gubernamentales, del sector privado, de la sociedad civil y del propio Banco para atenderla temática indígena en todos los ámbitos.

Respecto a esta política para pueblos indígenas de la región, organizaciones indígenas y de la sociedad civil fueron consultas en marzo de 2004, surgiendo algunas críticas (ALOP, 2005):

(i) en cuanto a la metodología de las consultas (presenciales con organizaciones indignas y electrónicas con todos los actores sociales interesados), se señaló que no son una forma adecuada para que los pueblos indígenas participen esos en mecanismos sólo unas cuantas organizaciones participan y no representan a las mayorías ni puede con ellas lograrse consensos; esto le resta legitimidad al proceso.

(ii) Aunque la política operativa sobre pueblos indígenas es un avance en el BID al recoger demandas del movimiento indígena, no aborda con profundidad las causas estructurales de la pobreza extrema de los pueblos indígenas ni procura soluciones a la misma, por ejemplo, no se encuentra que el Banco tenga como lineamiento influir en los Estados miembros para resolver los históricos problemas agrarios en los países de la región, o para influir en las orientaciones del desarrollo occidental que han excluido a las poblaciones indígenas.

(iii) Es contradictorio el reconocimiento que hace el BID sobre la importancia de las reservas ecológicas que constituyen los territorios indígenas, con la financiación que hace a mega-proyectos de compañías nacionales y transnacionales que afectan a territorios ancestrales o que puede llevar a que las comunidades indígenas participen en la degradación de sus propios recursos y territorios. El tipo de proyecto que el BID debe apoyar para los pueblos indígenas es aquel que tienda a satisfacer las necesidades internas de estos pueblos, es decir, apoyar la consolidación de una economía indígena que asegure la satisfacción de

sus propias necesidades e intereses, mirando hacia dentro y no hacia afuera. Por eso es muy importante que sean los propios pueblos indígenas quienes definan los proyectos y prioricen sus necesidades de acuerdo a sus intereses.

(iv) La definición y elaboración de la estrategia del BID debe enmarcarse en los avances logrados sobre el reconocimiento, promoción y protección de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, es notable la falta de referencias explícitas en los documentos del Banco a los instrumentos internacionales de los derechos humanos.

(v) Existe una disociación o falta de coordinación integral entre los proyectos que dependen del BID y los diferentes niveles de gobierno en los países donde se llevan a cabo los proyectos, lo cual impide que los pueblos indígenas tengan una participación plena y democrática en dichos proyectos de desarrollo.

1.3.3. ¿Quiénes y cómo activan el mecanismo independiente del BID?

El MII fue creado en 2001 como un medio para presentar reclamos por parte de las personas perjudicadas (o sus representantes acreditados) por una operación financiera del BID proyectada o en curso, a raíz de un presunto incumplimiento de las políticas operativas o de las normas adoptadas para el diseño, la negociación o ejecución de una operación de la institución. Se consideran como operaciones del BID los préstamos de inversión, los préstamos sectoriales, las operaciones y garantías para el sector privado, las operaciones de asistencia técnica, o los proyectos de cualquier clase para los cuales se haya desembolsado menos del 95% de la financiación.

La denuncia no está condicionada en apariencia a formalidades excesivas, más allá de la identificación de las personas o comunidades afectadas material y negativamente, de forma directa o potencial, por la omisión de las obligaciones que rigen a las políticas operativas del BID, en cualquiera de las fases de un proyecto financiado en territorio de un país prestatario. No obstante, se contempla el ejercicio del derecho a la confidencialidad de los reclamantes, que además deben justificar y aportar las pruebas de que sus derechos han

sido vulnerados por una acción u omisión del Banco que infrinja sus políticas operativas vigentes.

Un requisito importante de admisibilidad es que antes de presentar una solicitud formal ante el MII, la parte afectada debe demostrar que entró previamente en contacto con la Administración del Banco y buscó por vía directa una solución a sus inquietudes y problemas. Sólo si se cumplió con este requisito previo, el grupo afectado podía activar la supervisión.

Este mecanismo no prospera para: a) solicitudes relativas a acciones por las que sean responsables otras partes, como por ejemplo cuando son imputables a funcionarios de un país un prestatario, y no suponen acción u omisión alguna del Banco; b) solicitudes atinentes a adquisiciones, que tienen procedimientos específicos; c) préstamos que se han desembolsado en valor igual o superior al 95% de los recursos aprobados; y e) solicitudes frente a las cuales ya se formuló una recomendación, salvo la presentación de nuevas pruebas o hechos notorios que no fueran conocidos al momento de plantearse la solicitud anterior.

1.3.4. ¿Con qué procedimientos se resuelven las reclamaciones en el mecanismo independiente del BID?

La misión principal del MII era manejar los reclamos de comunidades perjudicadas debido al incumplimiento por el BID de sus políticas operativas. Cuando el proceso del mecanismo se activa según lo establecido, las inquietudes de los reclamantes se presentan ante el Directorio Ejecutivo del BID, el cual puede nombrar un panel independiente para que examine los hechos y le informe si el Banco infringió las políticas.

Dicho mecanismo se activaba y desarrollaba con base en la siguiente ruta crítica: la solicitud de investigación se remite al Coordinador del MII, que verifica los requisitos de admisibilidad descritos. Después, la solicitud se asigna a un consultor, integrante del Registro de Investigadores²⁰⁰ del mecanismo para su análisis. Si el consultor estima que procede la

²⁰⁰ Este Registro de acuerdo con la política de constitución del MII constaba de 15 ciudadanos de no menos de diez diferentes países miembros del Banco. Los investigadores deben ser personas

queja, la presenta a la Administración del Banco a quién le exige una respuesta. El consultor remite una recomendación -favorable o no- con base en la denuncia y la que debe ser discutida y ratificada por el Directorio y el Presidente del BID. Dentro de un plazo de 15 días corridos a partir de la decisión del Directorio Ejecutivo con respecto a la investigación, se notificará de ello a la parte denunciante. Si la recomendación es ratificada, la investigación está a cargo de una comisión de tres integrantes del Registro que elaboran un informe, sobre la base de que sea finalmente el Directorio el que determina si corresponde aplicar medidas preventivas o correctivas.

El Banco pondrá a disposición del público el informe de la comisión y la consiguiente respuesta de la Administración, dentro de un plazo de 90 días corridos a partir de la recepción. No se dará difusión pública a los anexos del informe que contengan información de carácter confidencial conforme a las políticas del Banco. El Banco divulgará públicamente el informe de la Administración sobre la implementación de las medidas adoptadas en cumplimiento de las políticas y normas aplicables del Banco. A menos que surjan problemas de confidencialidad en relación con dicho documento, se suministrará una copia del informe a la parte denunciante y podrá obtenerse acceso público al documento 15 días después de que el Directorio apruebe las medidas adoptadas por la Administración.

Nuevamente aquí, como en el caso de los procedimientos de inspección estudiados del Banco Mundial, la supuesta autonomía del mecanismo de investigación dispuesto para el acceso de la sociedad civil queda en suspenso, puesto que el trámite de un caso no depende de la opinión del investigador independiente que lo conoce, sino de la voluntad y ratificación de las directivas del Banco. Las directivas por cuestiones de imagen y poder institucional se resisten usualmente a reconocer las falencias que tienen las operaciones que financian. Por esta razón de las 10 solicitudes de inspección presentadas por las organizaciones sociales al MII, sólo fueron atendidas cinco en 15 años.

Es evidente que el poco uso de este mecanismo es causado por la falta de información difundida y por el difícil acceso para las comunidades. La no independencia de este

íntegras y de reconocida competencia en materias relacionadas con el desarrollo socioeconómico, conocedoras de la realidad de América Latina y el Caribe. Corresponde al Presidente del Banco, tras consultas con los Directores Ejecutivos, proponer a los integrantes del Registro. Podría nombrar a ex empleados del Banco para integrar el Registro solo después de dos años de haber finalizado su vinculación con el Banco. Estos investigadores se nombran para periodos de cinco años no renovables.

mecanismo frente a la Administración del Banco también afecta su credibilidad, lo que seguramente desalienta a las poblaciones afectadas a recurrir a él para hacer valer sus derechos.

1.3.5. ¿Qué tipo de casos que conoce el mecanismo independiente del BID?

Como se advirtió arriba los casos que pudo conocer el MII se relacionaban con proyectos o políticas financiadas por el BID como préstamos de inversión, préstamos sectoriales, operaciones y garantías para el sector privado, y operaciones de asistencia técnica. Los casos conocidos por el MII y el MICI en el período 2001-2019, los clasificaremos en la siguiente forma:

Cuadro 20. Base de casos MICI. Tipos de casos denunciados entre 2001-2019

- A: Proyectos de desarrollo rural
- B: Proyectos de desarrollo urbano
- C: Proyectos de industrias extractivas (minero-energéticas)
- D: Proyectos de construcción de infraestructura (transportes-energías)
- E: Proyectos de desarrollo sostenible (medio ambiente /áreas protegidas)
- F: Proyectos de políticas sectoriales e institucionales
- G: Proyectos de poblaciones étnicas

| FECHA REGISTRO | FASE | ESTADO | TIPO DE CASO |
|-----------------------|--------------------------------------|---------|--------------|
| MICI-BID-AR-2019-0150 | En Proceso | Abierto | D |
| MICI-BID-BR-2019-0149 | No registrada | Cerrado | B |
| MICI-BID-AR-2019-0148 | Registrado En proceso | Abierto | E |
| MICI-BID-AR-2019-0147 | No registrada | Cerrado | E |
| MICI-BID-GY-2019-0146 | No registrada | Cerrado | D |
| MICI-BID-EC-2019-0145 | No registrada | Cerrado | D |
| MICI-BID-AR-2019-0144 | Registrado Elegible En proceso | Abierto | F |
| MICI-BID-AR-2019-0143 | No registrada | Cerrado | B |

| | | | | |
|-----------------------|---|--|---------|---|
| MICI-BID-BR-2019-0142 | Programa de Estructuración Urbana de São José dos Campos- Solicitud III (BR-L1160) -Brazil | Registrado Elegible En proceso | Abierto | B |
| MICI-BID-CH-2019-0141 | Proyecto de Energía Hidroeléctrica Alto Maipo (CH-L1067) Solicitud III (CH-L1067) -Chile | Registrado No Elegible | Cerrado | D |
| MICI-BID-BA-2019-0140 | Coastal Risk Assessment and Management Program (BA-L1014) - Barbados | No registrada | Cerrado | E |
| MICI-BID-PR-2018-0139 | Programa de Rehabilitación y Vivienda del Bañado Sur en Asunción (Barrio Tacumbú) (PR-L1152) -Paraguay | No registrada | Cerrado | B |
| MICI-BID-BR-2018-0138 | Programa Estratégico de Infraestructura y Logística de Transportes en Paraná (BR-L1434) -Brazil | No registrada | Cerrado | D |
| MICI-BID-CO-2018-0137 | Programa de Fortalecimiento Institucional de la Contraloría General de la República. (CO-L1154) -Colombia | No registrada | Cerrado | F |
| MICI-BID-BO-2018-0136 | Sin información | | | |
| MICI-BID-BO-2018-0135 | Programa de Apoyo a la Pre-Inversión para el Desarrollo (BO-L1101) -Bolivia | No registrada | Cerrado | F |
| MICI-BID-PE-2018-0134 | Regularización de Reservas de Pueblos en Aislamiento (PE-T1258) -Perú | Registrado No Elegible | Cerrado | G |
| MICI-BID-CO-2018-0133 | Apoyo a la Estructuración del Proyecto Hidroeléctrico Ituango (CO-T1250) -Colombia | Registrado Elegible Concluido y Transferido En proceso | Abierto | D |
| MICI-BID-BR-2018-0132 | Programa de Estructuración Urbana de São José dos Campos- Solicitud II (BR-L1160) -Brazil | No registrada | Cerrado | B |
| MICI-BID-EC-2018-0131 | Programa de Reconstrucción de Infraestructura Eléctrica de las Zonas Afectadas por el Sismo en Ecuador. (EC-L1219) -Ecuador | Registrado Elegible En proceso | Abierto | D |
| MICI-BID-AR-2018-0130 | Programa de Saneamiento Ambiental de la cuenca del Río Reconquista (AR-L1121) -Argentina | No registrada | Cerrado | E |
| MICI-BID-CH-2018-0129 | Programa de Energía Sostenible (CH-L1136) -Chile | No registrada | Cerrado | E |
| MICI-BID-BR-2017-0128 | Programa de Estructuración Urbana de São José dos Campos (BR-L1160) - Brazil | No registrada | Cerrado | E |
| MICI-BID-CR-2017-0127 | Proyecto Hidroeléctrico Reventazón - Solicitud V (CR-L1049) -Costa Rica | No registrada | Cerrado | D |
| MICI-BID-GU-2017-0126 | Establecimiento Catastral y Consolidación Certeza Jurídica Áreas Protegidas (GU-L1014) -Guatemala | No registrada | Cerrado | E |
| MICI-BID-CR-2017-0125 | Proyecto Hidroeléctrico Reventazón - Solicitud IV (CR-L1049) -Costa Rica | Registrado Elegible En proceso | Abierto | D |
| MICI-BID-EC-2017-0124 | Programa de Protección y Recuperación del Patrimonio Cultural (EC-L1097) - Ecuador | No registrada | Cerrado | F |
| MICI-BID-BR-2017-0123 | Programa Várzeas del Tietê - Solicitud V (BR-L1216)- Brazil | No registrada | Cerrado | B |
| MICI-BID-BR-2017-0122 | Sin información | | | |
| MICI-BID-CH-2017-0121 | Proyecto de Energía Hidroeléctrica Alto Maipo - Solicitud II (CH-L1067) -Chile | No registrada | Cerrado | D |
| MICI-BID-CO-2017-0120 | Perimetral Oriental de Bogotá Asociación Público Privada (CO-L1159) -Colombia | No registrada | Cerrado | B |

| | | | | |
|-----------------------|---|---|---------|---|
| MICI-BID-BR-2017-0119 | Programa Várzeas del Tietê - Solicitud IV (BR-L1216) -Brazil | No registrada | Cerrado | B |
| MICI-BID-BR-2017-0118 | Proyecto Rodoanel Mario Covas - Tramo Norte - Solicitud V (BR-L1296) - Brazil | Registrado No Elegible | Cerrado | B |
| MICI-BID-HO-2017-0117 | Programa Multifase de Rehabilitación de Tramos del Corredor Turístico del PPP (HO-L1013) -Honduras | No registrada | Cerrado | B |
| MICI-BID-CR-2017-0116 | Proyecto Hidroeléctrico Reventazón - Solicitud III (CR-L1049) -Costa Rica | No registrada | Cerrado | D |
| MICI-BID-CH-2017-0115 | Proyecto de Energía Hidroeléctrica Alto Maipo (CH-L1067) -Chile | Registrado Elegible No Iniciado En proceso | Abierto | D |
| MICI-BID-HA-2017-0114 | Programa de Infraestructura Productiva - Solicitud II (HA-L1055) -Haiti | Registrado Elegible En proceso | Abierto | D |
| MICI-BID-PE-2017-0113 | Adaptación al Cambio Climático del Sector Pesquero y del Ecosistema Marino-Costero (PE-G1001) -Perú | No registrada | Cerrado | E |
| MICI-BID-CR-2016-0112 | Proyecto Hidroeléctrico Reventazón - Solicitud II (CR-L1049) -Costa Rica | Registrado No Elegible | Cerrado | D |
| MICI-BID-BR-2016-0111 | Programa Várzeas del Tietê - Solicitud III (BR-L1216) -Brazil | No registrada | Cerrado | B |
| MICI-BID-CR-2016-0110 | Proyecto Hidroeléctrico Reventazón (CR-L1049) -Costa Rica | Registrado Elegible No Iniciado Concluida | Cerrado | D |
| MICI-BID-BR-2016-0109 | Proyecto Rodoanel Mario Covas - Tramo Norte - Solicitud IV (BR-L1296) - Brazil | No registrada | Cerrado | B |
| MICI-BID-BR-2016-0108 | Plataforma Alternativa de Microseguros en Brasil (FOMIN) -Brazil | No registrada | Cerrado | F |
| MICI-BID-BR-2016-0107 | Programa Varzeas del Tiete - Solicitud II (BR-L1216) -Brazil | No registrada | Cerrado | B |
| MICI-BID-BR-2016-0106 | Programa Varzeas del Tiete (BR-L1216) -Brazil | Registrado No Elegible | Cerrado | B |
| MICI-BID-BR-2016-0105 | Proyecto Rodoanel Mario Covas - Tramo Norte - Solicitud III (BR-L1296) - Brazil | No registrada | Cerrado | B |
| MICI-BID-AR-2016-0104 | Programa de Desarrollo de las Provincias del Norte Grande - Solicitud II (AR-L1136) -Argentina | Registrado No Elegible | Cerrado | A |
| MICI-BID-CO-2016-0103 | Ampliación de la Planta de Tratamiento de Aguas Salitre - Cortijo -Colombia | No registrada | Cerrado | E |
| MICI-BID-CH-2016-0102 | Garantía para la Carretera Santiago - Valparaíso-Viña (CH0167) -Chile | Registrado No Elegible | Cerrado | D |
| MICI-BID-PR-2016-0101 | Reconversión del Centro, Modernización Transporte Público Metropolitano y Oficinas del Gobierno - Solicitud II (PR-L1044) -Paraguay | Registrado Elegible Concluido y Transferido En proceso | Abierto | B |
| MICI-PE-2016-0100 | Apoyo Política Gestión Riesgo de Desastres (PE-T1228) -Perú | No registrada | Cerrado | F |
| MICI-PR-2016-0099 | Reconversión Centro, Modernización del Transporte Público Metropolitano y Oficinas del Gobierno. (PR-L1044) - Paraguay | No registrada | Cerrado | B |
| MICI-PE-2016-0098 | Apoyo Política Gestión Riesgo de Desastres (PE-T1228) -Perú | No registrada | Cerrado | F |
| MICI-AR-2016-0097 | Programa de Desarrollo de las Provincias del Norte Grande (AR-L1136) -Argentina | Registrado No Elegible | Cerrado | A |
| MICI-CO-2015-0096 | Central Hidroeléctrica Porce III (CO-L1005) -Colombia | Registrado No Elegible | Cerrado | D |

| | | | | |
|-------------------------|---|---|--------------|---|
| MICI-AU-2015-0095 | Solicitud no relacionada con una operación | No registrada | Cerrado | |
| MICI-PE-2015-0094 | Proyecto de Catastro, Titulación y Registro de Tierras Rurales en el Perú - Tercera Fase (PTRT-3) (PE-L1026) - Perú | Registrado Elegible En proceso | Abierto | A |
| MICI-BR-2015-0093 | Programa de Movilidad Urbana Sustentable de Blumenau (BR-L1272) - Brazil | Registrado No Iniciado | Cerrado | B |
| MICI-ES-2015-0092 | Programa de Apoyo al Desarrollo Productivo para la Inserción Internacional (ES-L1057) -El Salvador | No registrada | Cerrado | A |
| MICI-CO-2015-0091 | Bayport Colombia: Inclusión Financiera para Empleados Públicos de la BdeP (CO-L1147) -Colombia | Registrado No Elegible | Cerrado | F |
| MICI-BR-2015-0090 | Rodoanel Mario Covas - Tramo Norte - Solicitud II (BR-L1296) -Brazil | No registrada | Cerrado | B |
| MICI-HA-2015-0089 | Programa de Infraestructura Productiva III (HA-L1091) -Haiti | No registrada | Cerrado | A |
| MICI-BR-2015-0088 | Proyecto Rodoanel Mario Covas - Tramo Norte (BR-L1296) -Brazil | No registrada | Cerrado | B |
| MICI-SU-2015-0087 | Apoyo para Mejorar la Sostenibilidad del Servicio Eléctrico (SU-L1009) - Suriname | No registrada | Cerrado | D |
| MICI-PR-2015-0086 | Apoyo al Sistema de Transmisión en Paraguay (PR-L1058) -Paraguay | No registrada | Cerrado | D |
| MICI-CO-2015-0085 | Programa de Sistemas Estratégicos de Transporte Público (SETP) (CO-L1091) -Colombia | No registrada | Cerrado | B |
| MICI-AR-2015-0084 | Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos (AR-L1025) -Argentina | No registrada | Cerrado | B |
| MICI-BR-2014-083 | Programa de Saneamiento de la Cuenca Estrada Nueva (PROMABEN) | No procesado | No procesado | E |
| MICI-BR-2014-082 | Programa Integrado de Desarrollo Urbano e Inclusión Social de Aracaju | No procesado | No procesado | B |
| MICI-AR-2014-081 | Argentina - Programa de Seguridad y Movilidad Urbana | Consulta Cerrado Verificación de la | Cerrado | B |
| MICI-ME-2014-080 | México - Etileno XXI | Observancia Cerrado Consulta Cerrado Consulta Cerrado | Cerrado | D |
| MICI-BO-2014-079 | Bolivia - Programa de Drenaje Pluvial de La Paz | Verificación de la Observancia Cerrado Consulta Cerrado | Cerrado | B |
| MICI-BR-2014-078 | Brasil - Programa de Movilidad Urbana Sustentable de Blumenau | Verificación de la Observancia Cerrado | Cerrado | B |
| MICI-HO-2014-077 | Préstamo a Corporación Dinant S.A. de C.V. | Sin procesar | Sin procesar | F |
| MICI-BR-2013-076 | Brasil - Proyecto de Drenaje Vías, Agua y Alcantarillado en Zonas Bajas de Belem | | Cerrado | B |
| MICI-GU-2013-075 | Guatemala. Desarrollo Económico desde lo Rural | Sin procesar | Sin procesar | A |
| MICI-GY-2013-074 | Guyana. Programa de Manejo de Desechos Sólidos de Georgetown. | Sin procesar | Sin procesar | B |
| MICI-ME-2013-073 | México. Etileno XXI | Sin procesar | Sin procesar | D |

| | | | | |
|-------------------------|--|--|--------------|---|
| MICI-TT-2013-072 | Trinidad y Tobago. Licitación de sistemas EDMS | Sin procesar | Sin procesar | F |
| MICI-CO-2013-071 | Colombia. Mejoramiento Integral de Barrios en Barranquilla, Colombia | Sin procesar | Sin procesar | B |
| MICI-AR-2013-070 | Argentina - Programa de Gestión Urbano Ambiental Sostenible de la Cuenca del Río Reconquista-Provincia de Buenos Aires | Consulta Cerrado | Cerrado | E |
| MICI-SU-2013-069 | Surinam - Apoyo al Desarrollo Sostenible del Interior | Verificación de la Observancia Cerrado | Cerrado | A |
| MICI-BR-2013-068 | Brasil - Programa de Movilidad Urbana Sustentable de Blumenau | Verificación de la Observancia Cerrado | Cerrado | B |
| MICI-EC-2013-067 | Modernización Sistema Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación | Sin procesar | Sin procesar | F |
| MICI-AR-2013-066 | Programa de Gestión de Residuos Solidos en Municipios Turísticos | Sin procesar | Sin procesar | E |
| MICI-AR-2013-065 | Argentina. Programa de Gestión Urbano Ambiental Sostenible de la cuenca del Río Reconquista | Sin procesar | Sin procesar | E |
| MICI-XX-2013-064 | Concurso BID-IDEAS | Sin procesar | Sin procesar | F |
| MICI-UR-2013-063 | Uruguay. Programa de Transporte Urbano en Montevideo | Sin procesar | Sin procesar | B |
| MICI-CO-2013-062 | Colombia.. Proyecto de Construcción de la Variante San Francisco-Mocoa – Fase I | Sin procesar | Sin procesar | D |
| MICI-AR-2013-061 | Argentina. Programa de desarrollo de las Provincias del Norte Grande: agua y saneamiento - Infraestructura | Sin procesar | Sin procesar | A |
| MICI-PN-2013-060 | Panamá. Programa de Electrificación Rural | Sin procesar | Sin procesar | D |
| MICI-ME-2013-059 | n/a | Sin procesar | Sin procesar | - |
| MICI-PN-2013-058 | Panamá Proyecto de Energía Hidroeléctrica Pando-Monte Lirio | Sin procesar | Sin procesar | D |
| MICI-TT-2013-057 | Trinidad y Tobago. Programa de rehabilitación de infraestructura | Sin procesar | Sin procesar | D |
| MICI-CO-2013-056 | Colombia. Proyecto de Construcción de la Variante San Francisco-Mocoa | Sin procesar | Sin procesar | D |
| MICI-AR-2013-055 | Argentina. Programa de Mejoramiento de Barrios II (PROMEBA II) | Sin procesar | Sin procesar | B |
| MICI-JA-2012-054 | Jamaica. Programa de Competitividad Agrícola | Sin procesar | Sin procesar | A |
| MICI-ME-2012-053 | México - Proyecto Eólico Mareña Renovables | Consulta Cerrado | Cerrado | D |
| MICI-BR-2012-052 | Brasil. Programa de Estructuración Urbana de São José dos Campos | Sin procesar | Sin procesar | B |
| MICI-HO-2012-051 | Honduras. Pueblos Indígenas y Afrohondureños y Cambio Climático | Sin procesar | Sin procesar | G |
| MICI-AR-2012-050 | Argentina. Infraestructura Hídrica: Programa de Desarrollo de las Provincias del Norte Grande | Sin procesar | Sin procesar | A |
| MICI-BR-2012-049 | Brasil. Rodoanel Mário Covas – Tramo Norte 2 | Sin procesar | Sin procesar | B |

| | | | | |
|-------------------------|--|---|--------------|---|
| MICI-ME-2012-048 | México. Solicitud de información del Banco de la Auditoría Superior de la Federación | Sin procesar | Sin procesar | F |
| MICI-UR-2012-047 | Uruguay. Programa de Transporte Urbano de Montevideo | Sin procesar | Sin procesar | B |
| MICI-ME-2012-046 | México. Proyecto Eólico Mareña Renovables | Sin procesar | Sin procesar | D |
| MICI-CO-2012-045 | Colombia. Sistema Estratégico de Transporte | Sin procesar | Sin procesar | B |
| MICI-CO-2012-044 | Colombia. Proyecto de Construcción de la Variante San Francisco - Movoa - Fase I | Sin procesar | Sin procesar | D |
| MICI-BR-2012-043 | Brasil. Estrada Real – Red de PYMES Turísticas Estado de Minas Gerais | Sin procesar | Sin procesar | F |
| MICI-PE-2012-042 | Perú. Esquema Cajamarquilla, Nievería y Cerro Camote | Sin procesar | Sin procesar | B |
| MICI-PE-2012-041 | Perú. Esquema Cajamarquilla, Nievería y Cerro Camote | Sin procesar | Sin procesar | B |
| MICI-BR-2012-040 | Brasil. Programa de Infraestructura Logística de Santa Catarina | Sin procesar | Sin procesar | F |
| MICI-TT-2012-039 | Trinidad y Tobago. CariSal Unlimited | Sin procesar | Sin procesar | D |
| MICI-BR-2012-038 | Brasil. Programa de Saneamiento de la Cuenca Estrada Nueva – PROMABEN | Sin procesar | Sin procesar | E |
| MICI-BO-2012-037 | Bolivia. | Sin procesar | Sin procesar | - |
| MICI-CO-2012-036 | Colombia. Programa de Abastecimiento de Agua y Manejo de Aguas Residuales en Zonas Rurales | Sin procesar | Sin procesar | A |
| MICI-AR-2012-035 | Argentina - Programa de Gestión de la Sanidad y Calidad Agroalimentaria (CCLIP) | Consulta Cerrado Verificación de la Observancia Cerrado | Cerrado | A |
| MICI-BR-2011-034 | Brasil. Mário Covas Rodoanel - Norte | Sin procesar | Sin procesar | B |
| MICI-AR-2011-033 | Argentina. PROSAP | Sin procesar | Sin procesar | A |
| MICI-DR-2011-032 | República Dominicana. Boulevard Turístico del Atlántico | Sin procesar | Sin procesar | D |
| MICI-PN-2011-031 | Panamá - Programa de Expansión del Canal de Panamá | Consulta Cerrado Verificación de la Observancia Cerrado | Cerrado | D |
| MICI-CO-2011-030 | Colombia. Programa de Sistemas Estratégicos de Transporte Público | Sin procesar | Sin procesar | B |
| MICI-CR-2011-029 | Costa Rica. Programa de Regularización del Catastro y Registro de la Propiedad Inmueble | Sin procesar | Sin procesar | F |
| MICI-BR-2011-028 | Brasil. Proyecto Rodoanel Mário Covas – Tramo Norte | Sin procesar | Sin procesar | B |
| MICI-BR-2011-027 | Brazil. Mario Covas Rodoanel Project – Tramo Norte | Sin procesar | Sin procesar | B |
| MICI-BR-2011-026 | Brasil. Proyecto Rodoanel Mário Covas – Tramo Norte | Sin procesar | Sin procesar | B |
| MICI-CO-2011-025 | Colombia. Abastecimiento de Agua y Saneamiento en Zonas Rurales | Sin procesar | Sin procesar | A |
| MICI-BO-2011-024 | Bolivia. Programa de Mejoramiento del Tramo Santa Bárbara-Rurrenabaque del Corredor Norte | Sin procesar | Sin procesar | D |
| MICI-CO-2011-023 | Colombia - Aeropuerto Internacional El Dorado | Consulta Cerrado Verificación de la Observancia Cerrado | Cerrado | D |

| | | | | | | |
|-------------------------|--|------------------------|---------------------|--------------------|---------|---|
| MICI-BR-2011-022 | Brasil - Mário Covas Rodoanel - Tramo Norte 1 y 2 | Consulta Cerrado | Verificación de la | Cerrado | B | |
| MICI-CO-2011-021 | Colombia - Proyecto de Construcción de la Variante San Francisco-Mocoa - Fase I | Observancia Cerrado | Consulta Cerrado | Verificación de la | Cerrado | D |
| MICI-BR-2011-020 | Brasil - Programa de Estructuración Urbana de São José dos Campos | Observancia Cerrado | Consulta Cerrado | Verificación de la | Cerrado | B |
| MICI-BR-2011-019 | Brasil - Programa de Mejoramiento de Barrios Habitar | | | Abierto | B | |
| MICI-CO-2011-018 | Colombia. Programa de Capacitación de Jefes de Hogar | | Sin procesar | Sin procesar | F | |
| MICI-ME-2011-017 | México - Termoeléctrica del Golfo | Consulta Cerrado | Verificación de la | Cerrado | D | |
| MICI-AR-2011-016 | Argentina. Programa Nacional 700 Escuelas | Observancia Cerrado | Sin procesar | Sin procesar | F | |
| MICI-BR-2011-015 | Brasil - Mario Covas Rodoanel - Tramo Norte 1 | Consulta Cerrado | Verificación de la | Cerrado | B | |
| MICI-PN-2011-014 | Panamá. Expansión del Canal de Panamá | Observancia Cerrado | Sin procesar | Sin procesar | D | |
| MICI-BO-2011-013 | Bolivia - Programa de Mejoramiento del Tramo Santa Bárbara-Rurrenabaque del Corredor Norte | Consulta Cerrado | Verificación de la | Cerrado | D | |
| MICI-VE-2011-012 | Venezuela. Kreadanza | Observancia Cerrado | Sin procesar | Sin procesar | F | |
| MICI-SU-2010-011 | Suriname. Desarrollo Sostenible del Interior | | Sin procesar | Sin procesar | | |
| MICI-CR-2010-010 | Costa Rica - Sistema de Interconexión Eléctrica para los Países de América Central | Consulta Cerrado | Verificación de la | Cerrado | D | |
| MICI-AR-2010-009 | Argentina - Argentina - Programa de Mejoramiento de Barrios II (PROMEBA II) | Observancia Cerrado | Consulta Cerrado | Verificación de la | Cerrado | B |
| MICI-PR-2010-008 | Paraguay - Programa de Corredores Viales de Paraguay | Observancia Cerrado | Consulta Cerrado | Verificación de la | Cerrado | D |
| MICI-AR-2010-007 | Argentina - Programa de Servicios Agrícolas Provinciales II (PROSAP II) | Observancia Cerrado | Consulta Cerrado | Cerrado | A | |
| MICI-BR-2010-005 | Brasil - Programa de Saneamiento de la Cuenca Estrada Nueva (PROMABEN) | Consulta Cerrado | Consulta Cerrado | Cerrado | E | |

| | | | | | |
|--|---|---------------------|--|---------|---|
| MICI-AR-2010-004 | Multifase Desarrollo Infraestructura: Apoyo Producción de Entre Ríos | | Cerrado | D | |
| MICI-BR-2010-003 | Brasil - Programa de Recuperación Socio-Ambiental de la Serra do Mar y del Sistema de Mosaicos de la Mata Atlántica | Consulta Cerrado | Verificación de la Observancia Cerrado | Cerrado | E |
| MICI-PN-2010-002 | Panamá - Proyecto de Energía Hidroeléctrica Pando-Monte Lirio | Consulta Cerrado | Verificación de la Observancia Cerrado | Cerrado | D |
| MICI-PR-2010-001 | Paraguay - Desarrollo de la industria de productos derivados de la esponja vegetal | Consulta Cerrado | Cerrado | | A |
| CASO MII | 14- Brasil. Mário Covas Rodoanel - Oeste | Sin procesar | Sin procesar | | |
| CASO MII . Octubre de 2009. | 13- Proyecto: Corredores viales (Paraguay) | | | | |
| CASO MII Agosto de 2009. | 12- Proyecto: Desarrollo municipal de Porto Alegre (Brasil). | | | | |
| CASO MII . Julio de 2009 | 11- Proyecto de titulación y registro de tierras, Fase II (Perú). | | | | |
| CASO MII Mayo de 2009. | 10- Proyecto Serra do Mar y Mosaicos Mata Atlántica. (Brasil). | | | | |
| CASO MII Febrero de 2009. | 9- Proyecto Loofah -sobre productos derivados de la esponja vegetal- (Paraguay). | | | | |
| CASO MII Septiembre de 2008. | 8- Proyecto Programa Social y Ambiental para los Igarapés de Manaus -PROSAMIM II (Brasil). | | | | |
| CASO MII Febrero de 2007. | 7- Reconstrucción del tramo Las Lomitas-Posta Cambio Zalazar de la Ruta Provincial 28 (Argentina). | | | | |
| CASO MII Enero de 2007. | 6- Proyecto Daule Peripa y Proyecto Hidroeléctrico Baba (Ecuador). | | | | |
| CASO MII Agosto de 2006. | 5- PRODETUR II –Región Noreste – Planta de tratamiento de agua de Tamandaré. (Brasil). | | | | |
| CASO MII Febrero de 2006. | 4- Proyecto Programa de Emergencia por Inundaciones (Argentina). | | | | |
| CASO MII Mayo 2001 | 3- Proyecto Hidroeléctrico de Cana Brava (Brasil).. | | | | |
| CASO MII Mayo 2001 | 2- Proyecto Hidroeléctrico Yacyretá. (Argentina/Paraguay). | | | | |
| CASO MII Mayo de 2001 | 1- Proyecto Termoeléctrica del Golfo (México). | | | | |

Fuente: Elaboración propia partir de la base de los casos del MICI: 2001-2019 (consulta 16 de julio de 2019)

<https://www.iadb.org/es/mici/registro-publico-bid-cronologico?page=1&>
<https://www.iadb.org/es/mici/chronological-public-registry%2C19181.html>

De la información contenida en el cuadro anterior, se puede concluir que las 150 denuncias hechas por las víctimas del desarrollo ante el MICI en el período 2010-2019, se originan en proyectos financiados por el BID que tienen que ver con:

- Proyectos de desarrollo urbano: 49 reclamaciones que representan un 32,6% de las quejas.
- Proyectos de construcción de infraestructura (transportes-energías): 42 denuncias (28%).
- Proyectos de políticas sectoriales e institucionales: 20 denuncias (13,3%).
- Proyectos de desarrollo rural: 16 reclamaciones (10,6%).
- Proyectos de desarrollo sostenible (medio ambiente /áreas protegidas): 14 quejas (9,3%)
- Proyectos relativos a poblaciones étnicas: 2 denuncias (1,3%).

1.3.6. ¿Cuáles son los procedimientos ante el mecanismo independiente del BID?

Ante el inocultable fracaso del primer mecanismo *soft law* del BID conocido como el MII que entre 2001 y 2010 recibió 33 reclamaciones, y sólo dio trámite a 5 de ellas (el 15,1% de eficiencia), el BID no tuvo otra alternativa que realizar la reforma al mecanismo de *accountability* externa (Lacuisse: 2017, 346) que dio lugar a la creación del Mecanismo Independiente de Consulta e Investigación (MICI). Los ajustes introducidos al mecanismo de inspección del BID se pueden resumir de esta forma:

- El MICI sólo opera cuando los denunciantes perjudicados por proyectos del BID han presentado sus reclamaciones primero ante la Administración del banco, en particular ante el Jefe de Equipo de Proyecto o a la Oficina de País. Este paso previo es un requisito formal para que el caso sea conocido en fase propiamente de inspección, por su incumplimiento de los 97 casos presentados al MICI desde febrero de 2010, 12 fueron desestimados y orientados los reclamantes a acudir ante la administración del proyecto.

- Las solicitudes formuladas ante esta instancia sólo son admisibles cuando se basan en que la operación financiada por el BID y los daños consecuentes que provoca están relacionadas con un posible incumplimiento por parte del banco de las políticas operativas.

- Las solicitudes pueden presentarse en cualquier momento desde la etapa de diseño de un proyecto financiado por el BID, hasta después de 24 meses del último desembolso del préstamo o subvención. Una vez cumplidos los requisitos de elegibilidad (Documento GN-1830-49, párrafo 37 (a) a (h)), las peticiones pasan por dos fases: Consulta y Verificación de Observancia.

-En la Fase de Consulta: el propósito es dar respuestas eficaces y eficientes a las denuncias por medio del uso de herramientas flexibles como la mediación y la facilitación entre los peticionarios y los equipos de proyectos del BID y los organismos ejecutores. Si existe voluntad para un acuerdo entre las partes este debe lograrse en 120 días calendario luego de los estudios de admisibilidad del caso. De alcanzarse una concertación, el MICI publica un informe con los acuerdos celebrados y realiza un trabajo de monitoreo de los mismos. Si se frustra el acuerdo y el *ombuds person* de proyectos determina que el diálogo no es factible, produce un informe que cierra esta fase.

-En la Fase de Verificación de la Observancia: corresponde al Directorio Ejecutivo del BID y a la Administración analizar si las operaciones financiadas por el banco en el caso denunciado, incumplen por acción u omisión cualquiera de las políticas operativas Banco y determinar los efectos directos y adversos causados a los denunciados. La etapa de Verificación Observancia procede si agotada la consulta los solicitantes la estiman necesaria.

Un panel estudia la elegibilidad del caso en 15 días y elabora una recomendación y términos de referencia para llevar a cabo el procedimiento. Cuando el Directorio apruebe la recomendación, el panel puede llevar a cabo el proceso de investigación. Surtidas las indagaciones, el panel entrega un informe al Directorio Ejecutivo para su consideración, quién instruye a la Administración a preparar un Plan de acción. El monitoreo por parte del Panel se realiza a solicitud del Directorio. El informe se publica por el MICI.

1.3.7. ¿Cuál es el nivel de eficiencia del MICI del BID para la protección de los derechos humanos?

Igual que notamos con los mecanismos de inspección del BM, el MII también carece de poder para que las soluciones o recomendaciones emitidas frente a los casos sean ejecutables de forma vinculante para el Banco. Sólo es un mecanismo de inspección sin fuerza jurídica para resolver las situaciones de afectación de los derechos de personas y poblaciones ocasionadas por incumplimiento de las políticas operativas del Banco. En el manual de procedimientos del MII quedó claramente establecido que investigado el caso

por la comisión de investigadores, las recomendaciones emitidas por tal panel deben ser ratificadas por el Directorio y del Presidente del BID. Así las soluciones dadas a los pocos casos que cumplieron todo el periplo procesal del mecanismo de inspección, dependen finalmente de la discrecionalidad de los poderosos del BID.

En ocho años de existencia, el MII fue activado plenamente en el marco de cinco proyectos en los que intervinieron fondos del BID, frente a 33 denuncias que le fueron presentadas: el Proyecto Hidroeléctrico Yacyretá (Paraguay-Argentina, 2002), el Proyecto Hidroeléctrico Cana Brava (Brasil, 2006), el Proyecto Termoeléctrico del Golfo (México, 2004), el Proyecto de Emergencia por Inundaciones (Argentina, 2006) y un segundo pronunciamiento sobre el Proyecto Hidroeléctrico Yacyretá (Paraguay-Argentina, 2004), las demás solicitudes realizadas fueron declaradas inelegibles para ser investigadas. Es decir, que el nivel de resolución alcanzado en esta instancia fue tan sólo del 15,1% de los casos presentados.

En los cinco casos, el consultor consideró las solicitudes como sustanciales y el Directorio aprobó proceder a una investigación independiente de las denuncias presentadas. En el caso del proyecto de la Hidroeléctrica Yacyretá y el caso del proyecto Termoeléctrico del Golfo, el Directorio Ejecutivo concluyó que el BID había cumplido con el marco normativo establecido para el diseño, análisis e implementación del proyecto y que había seguido los procedimientos correspondientes. Sin embargo, dado la “complejidad” del Proyecto, el Directorio solicitó a la Administración del Banco trabajar en la elaboración de un plan de terminación del proyecto que integrara consideraciones sociales y ambientales, resolviera debidamente las cuestiones de reasentamiento pendientes y mejorar el flujo de información a las poblaciones locales. En el proyecto de la Termoeléctrica del Golfo, el Directorio también reconoció que el BID había contravenido sus políticas operativas, salvo en ciertos aspectos de su política de disponibilidad de información (Delaplace: 2005, 238).

En el período 2010 a junio de 2019 el MICI hizo recepción de 150 reclamaciones, de las cuales 107 reclamos no fueron procesados, por no ser elegibles; es decir, que de entrada 71,3% de los reclamos de las víctimas del desarrollo quedaron sin ningún tipo de solución. 26 casos fueron cerrados tras una solución en las fases de consulta o de verificación, lo que corresponde al 17,3% de efectividad hasta el momento del MICI; 11 casos (7,3%) se encuentran abiertos y potencialmente pueden obtener alguna respuesta.

De las cifras se puede concluir que el MICI ciertamente estimuló la participación y denuncia de casos por parte de las víctimas del desarrollo de los proyectos del BID, pero su nivel de desempeño para el trámite de los reclamos presentados es muy bajo: 17,3%, lo que no supera de manera significativa lo actuado por el MII.

Este panorama reitera nuestra apreciación de que estos mecanismos de la justicia global corporativa no son la alternativa para el acceso a la justicia de las víctimas del desarrollo y para la reparación integral de las violaciones a sus derechos humanos. Muy al contrario, estos microsistemas de justicia *soft law* sirven es al interés de legitimación de las instituciones de la gobernanza neoliberal y no detienen los proyectos de desarrollo que atentan contra las comunidades y sus territorios.

