

REVISTA

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

55



Enero-Junio 2012



REAL EMBAJADA DE NORUEGA

REVISTA IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2012 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Coordinación editorial, corrección de estilo y diagramación: Marisol Molestina.

Portada y artes finales: Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y litografía Segura Hermanos.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica

Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955

e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr

www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación.....7

Roberto Cuéllar M.

Doctrina

Los espacios invisibles en América Latina:
análisis del hacinamiento penitenciario en Costa Rica,
para la inversión estructural de la pirámide kelsiana
como modelo de tutela efectiva de los derechos humanos 13

Norberto E. Garay Boza

In Search of the Standards of Proof Applied by the
Inter-American Court of Human Rights..... 57

Álvaro Paúl

Human Rights as an Essential Element of Contemporary
International Community 103

Renato Zerbini Ribeiro Leão

Temas en Derechos Humanos

El Banco Mundial entre el apoyo a grandes inversiones
y la protección de los derechos humanos: estudio
sobre el *Ombudsman* y Asesor en Materia de Observancia
de la Corporación Financiera Internacional 123

Björn Arp

The Necessity for Establishing a Truth Commission
in Colombia within its Disarmament, Demobilization
and Reintegration Process..... 165

Paula S. Cuéllar

Efectos de la sentencias de la Corte Interamericana
y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,
con especial referencia a Uruguay y España 207
Nils Helander Capalbo

El derecho a satisfacción de las víctimas de violaciones
de derechos humanos en la jurisprudencia
de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
y su ejecución por parte del Estado colombiano..... 233
Gina Kalach

Principales desafíos respecto de la protección internacional
de los refugiados 271
Juan Manuel Medina Amador

Retos y avances de la educación en derechos humanos
en la educación básica: el camino recorrido en Brasil..... 295
Aida Maria Monteiro Silva y Celma Tavares

Estrategias de litigio de interés público en derechos humanos ... 319
Paola Pelletier Quiñones

El anencefálico como donante de órganos y el bioderecho
constitucional 351
Adriano Sant'Ana Pedra

Recensión

*Contribuciones regionales para una Declaración Universal
del Derecho Humano a la Paz*, Carlos Villán Durán
y Carmelo Faleh Pérez (editores) 369
Juan Manuel de Faramiñán Gilbert

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) se complace en presentar el número 55 de su Revista IIDH, correspondiente al primer semestre de 2012, que en esta ocasión ofrece artículos de variados temas en la materia. Con este número de su revista académica, el IIDH renueva el interés por fomentar la discusión de temas de relevancia para la comunidad internacional de derechos humanos, con miras a seguir encontrando formas novedosas para enfrentar los desafíos que en esta materia supone el actual contexto regional e internacional, apuntando a que se comprendan los factores históricos y se conozcan los nuevos elementos en el panorama de los derechos humanos de las Américas.

En ese sentido, la Revista IIDH ha recibido en esta ocasión los aportes de once autores y autoras que, desde diferentes ámbitos, se relacionan con el tema de los derechos humanos: algunos desde la academia, otros desde la práctica cotidiana de su quehacer profesional. Rescata así la importancia de dar voz y espacio a los distintos actores que construyen día a día el significado y alcances de los derechos humanos.

La presente edición de la Revista IIDH está dividida en dos secciones: *Doctrina y Temas en derechos humanos*. En la primera sección se han incluido tres artículos. El primero, de Norberto E. Garay Boza (Costa Rica), titulado *Los espacios invisibles en América Latina: análisis del hacinamiento penitenciario en Costa Rica para la inversión estructural de la pirámide kelsiana como modelo de tutela efectiva de los derechos humanos*, presenta un interesante y novedoso análisis, dirigido a propiciar una mejor garantía de los derechos humanos mediante la superación de las incompatibilidades de las legislaciones internas con el derecho internacional y constitucional. En el segundo, Álvaro Paúl (Chile), *In search of the Inter-American Court of Human Rights Standards of Proof*, revisa exhaustivamente la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto al aspecto probatorio o normas de la prueba en los casos

ante este tribunal. La sección se cierra con el artículo *Human Rights as an Essential Element of Contemporary International Community*, de Renato Zerbini Ribeiro Leão (Brasil).

La segunda sección contiene nueve artículos, presentados de acuerdo al orden alfabético. Björn Arp (Alemania) analiza la práctica del CAO (Compliance Advisor Ombudsman), de la CIF (Corporación Financiera Internacional, siglas en inglés) y de la MIGA (Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones, siglas en inglés), cuando se producen violaciones a la normas internacionales de protección de los derechos humanos en el marco de las grandes inversiones del Banco Mundial (*El Banco Mundial entre el apoyo a grandes inversiones y la protección de los derechos humanos: estudio del Ombudsman y Asesor en materia de observancia de la corporación financiera internacional*). Paula S. Cuéllar (El Salvador), propone un repaso del proceso de desarme, desmovilización y reintegración en Colombia, a modo de argumentar a favor de la necesidad de una comisión de la verdad en ese país sudamericano (*The Necessity of a Truth Commission in Colombia within its Disarmament, Demobilization and Reintegration Process*). En su artículo *Efectos de la sentencias de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con especial referencia a Uruguay y España*, Nils Helander Capalbo (Uruguay) presenta una reseña de los rasgos relevantes de las sentencias de estos tribunales internacionales con el objeto de responder a una pregunta central: ¿pueden aplicarse esas sentencias en los ordenamientos internos de dichos Estados? En su artículo *El derecho a satisfacción de las víctimas de violaciones de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su ejecución por parte del Estado colombiano*, Gina Kalach (Colombia) describe y analiza el alcance de cuatro tipos de órdenes de satisfacción efectuadas por la Corte Interamericana: las medidas tradicionalmente ordenadas en casi todas las sentencias de reparación de la Corte al Estado colombiano, las que tienen una importancia capital en materia de repercusión pública y del deber de memoria, las que ostentan un vínculo estrecho con los derechos a la justicia y la verdad, y aquellas que tienen particularidades en lo que

respecta a la ejecución efectuada por el Estado. Juan Manuel Medina Amador (Costa Rica), reflexiona acerca de la importancia de llevar a cabo una revisión del andamiaje jurídico sobre el que se sustenta la protección de las y los refugiados, con la intención de mejorar su implementación en el terreno (*Principales desafíos respecto a la protección internacional de los refugiados*). Aida Maria Monteiro Silva y Celma Tavares (Brasil) presentan en su artículo, titulado *Retos y avances de la educación en derechos humanos en la educación básica: el camino recorrido en Brasil*, los avances, limitaciones y retos de la educación en derechos humanos en ese país, en consideración que ésta es necesaria para el desarrollo de una formación humanista y el fortalecimiento de las estructuras democráticas de la sociedad. Paula Pelletier Quiñones (República Dominicana) propone propiciar un cambio en la forma de pensar de las personas profesionales en derecho en la República Dominicana, y en otros países y contextos similares, para honrar la profesión como un servicio social, mediante el diseño de estrategias propias de la naturaleza del litigio de interés público (*Estrategias de litigio de interés público en derechos humanos*). Adriano Sant'Ana Pedra (Brasil) se refiere al progreso que la medicina viene desarrollando, y que ha ampliado las oportunidades de éxito en la realización de trasplantes de órganos, tejidos y otras partes del cuerpo humano, lo que lleva inevitablemente a una serie de cuestiones ético-jurídicas respecto al tema. El autor analiza una de ellas, relativa a la posibilidad de que una persona anencefálica sea la donante (*El anencefálico como donante de órganos y el bioderecho constitucional*).

Por último, esta edición de la Revista IIDH presenta la recensión del libro *Contribuciones regionales para una Declaración Universal del Derecho Humano a la Paz*, editado por Carlos Villán Durán y Carmelo Faleh Pérez, a cargo de Juan Manuel de Faramiñán Gilbert (España).

Agradecemos a las autoras y autores por sus interesantes aportes y perspectivas; dejamos abierta la invitación a todas aquellas personas que deseen enviar sus trabajos a la consideración del Comité Editorial de la Revista IIDH, y aprovechamos la oportunidad para

agradecer, asimismo, a las agencias internacionales de cooperación, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos.

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo, IIDH

Temas en Derechos Humanos

El Banco Mundial entre el apoyo a grandes inversiones y la protección de los derechos humanos: estudio sobre el *Ombudsman* y Asesor en Materia de Observancia de la Corporación Financiera Internacional*

*Björn Arp***

Introducción

El presente estudio analiza la práctica del *Ombudsman* y Asesor en Materia de Observancia (CAO)¹ de la Corporación Financiera Internacional (CFI)² y de la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA)³, cuando se producen violaciones a las normas internacionales de protección de los derechos humanos. El CAO es uno de los mecanismos de más reciente creación, de entre los establecidos a

* El presente trabajo es el resultado del proyecto de investigación sobre “La protección de las inversiones exteriores españolas en materia de energía” (Ref. DER2008/04174/JURI) del Ministerio de Ciencia e Innovación de España.

** Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Alcalá (Madrid); Investigador Visitante del American University Washington College of Law (Washington, D.C.); Socio de la firma Aparicio, Arp, Schamis & Associates LLC, especializada en litigación en Derecho Internacional, con sede en Washington, D.C. Se ruega enviar cualquier comentario a Bjorn.Arp@uah.es.

¹ Utilizamos la abreviatura CAO en este trabajo porque también la propia institución la emplea en sus documentos adoptados en lengua española. La abreviatura CAO se compone de las letras con las que comienza el nombre inglés de la institución (*Compliance Advisor/Ombudsman*).

² La CFI forma parte del Grupo del Banco Mundial; su función es prestar dinero a empresas que realizan proyectos de inversión extranjera dirigidos hacia el desarrollo económico. El tratado constitutivo de la CFI fue adoptado el 5 de diciembre de 1955, publicado en los Estados Unidos en 7 U.S.T. 2197. La versión consolidada es de 28 de abril de 1993, y está disponible en <<http://www.ifc.org>>.

³ MIGA forma parte del Grupo del Banco Mundial y su función es garantizar inversiones extranjeras de proyectos dirigidos hacia el desarrollo económico y realizados por empresas privadas. El tratado constitutivo de MIGA fue adoptado el 11 de octubre de 1985 y entró en vigor el 12 de abril de 1988. Se utilizará aquí la abreviatura inglesa MIGA (*Multilateral Investment Guarantee Agency*) por conveniencia, puesto que generalmente se le denomina así también en español.

partir de 1993 por los bancos multilaterales de desarrollo (BMD) para solucionar conflictos entre las poblaciones beneficiarias de los proyectos financiados por estos bancos y las personas afectadas adversamente por dichos proyectos⁴. Al crear estos mecanismos, los BMD se hicieron eco de las fuertes críticas de la sociedad civil, que alegaban que los proyectos apoyados por las instituciones financieras internacionales sólo beneficiaban a la gran industria, pero perjudicaban al desarrollo sostenible de las comunidades en los Estados en vías de desarrollo. Los mecanismos de reclamación directa debían servir de canal de comunicación entre estas comunidades, para dirigir sus preocupaciones directamente a los BMD.

El análisis de la práctica del CAO con relación a la CFI y la MIGA puede aclarar cómo dichas instituciones cumplen sus reglas sociales y medioambientales, y si la existencia de un mecanismo de control de esta naturaleza contribuye a mejorar el rendimiento de estas instituciones⁵. A partir de este planteamiento surge también la pregunta de si la aplicación de las reglas propias de la CFI y la MIGA sobre sostenibilidad social y medioambiental conduce a resultados compatibles con las normas internacionales generales en estas mismas materias. La perspectiva del Derecho Internacional Público, desde la que se plantea el presente estudio, es innovadora, puesto que la doctrina ha dedicado poca atención a este mecanismo de recurso internacional⁶.

4 Sobre la evolución general de estos mecanismos a partir de 1993, ver, Suzuki, E. y S. Nanwani, "Responsibility of International Organizations: the Accountability Mechanisms of Multilateral Development Banks", *Mich. J. Int'l L.* 27, 2005, págs. 177-225, en particular, pág. 187.

5 Debe tenerse en cuenta que la propia CFI reconoce que, en el año 2008, el 25% de sus proyectos no han alcanzado objetivos de desarrollo económico en los Estados en los que se ha invertido. Cfr., Independent Evaluation Group, "Independent Evaluation of IFC's Development Results 2008: IFC's Additionality in Supporting Private Sector Development", IFC, Washington, D.C., 2008, pág. xiii. Sigue siendo, por tanto, un alto porcentaje de casos que no sólo no avanzan los objetivos de las instituciones financieras, sino que potencialmente pueden causar perjuicio a las personas afectadas por estos proyectos.

6 Son escasas las fuentes bibliográficas que estudian el CAO desde la perspectiva del Derecho Internacional Público. Ver, Reif, L.C., *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, en particular, págs. 351-352; McBeth, A., "Transnational Corporate Responsibility for the 21st Century: A Right by Any

El estudio se articula en dos partes analíticas. La primera se ocupa del CAO como mecanismo institucionalizado que aplica reglas internacionales. En ella, por tanto, se identifican las reglas que el CAO aplica en el cumplimiento de sus funciones y se exponen las características esenciales de los procedimientos de solución de las controversias que persiguen determinar en qué aspectos la CFI o la MIGA no han aplicado sus reglas con la debida diligencia.

La segunda estudia la práctica del CAO en el ámbito social y medioambiental, poniendo especial atención a los derechos humanos protegidos por este mecanismo. Se pretende responder a la cuestión de cómo éstos se integran en la labor del Banco Mundial a través del CAO. Sólo se analizan las cuestiones relacionadas con el medio ambiente allí donde se presenta una conexión directa con los derechos humanos.

1. El asesor en materia de observancia: un nuevo mecanismo de promoción y protección de los derechos humanos

a. La cuestión de la competencia normativa de los órganos del Grupo del Banco Mundial en materia social y medioambiental

En los tratados constitutivos de la CFI y la MIGA no existe ninguna referencia a cuestiones sociales o medioambientales. Es más, el tratado constitutivo de la CFI contiene una cláusula que en principio, le prohibiría tomar en consideración cualquier aspecto que no sea económico:

Other Name: The Evasive Engagement of International Financial Institutional with Human Rights”, *Geo. Wash. Int’l L. Rev.*, 40, 2009, págs. 1150-1152; Bradlow, D., “Private Complainants and International Organizations: A Comparative Study of the Independent Inspection Mechanisms in International Financial Institutions”, *Geo. J. Int’l L.*, 36, 2005, pág. 403; Ghazi, B. y Sh. Panahi, *The IMF, the World Bank Group and the Question of Human Rights*, Ardsley, Nueva York, 2005, en particular, págs. 223-231; y Malone, L.A. y S. Pasternack, *Defending the Environment. Civil Society Strategies to Enforce International Environmental Law*. Ardsley, Nueva York, 2005, págs. 138-143. El estudio no publicado de Dysart, B., T. Murphy y A. Chayes, “Beyond Compliance? An External Review Team Report on the Compliance Advisor/Ombudsman Office of the IFC and MIGA”, escrito en 2003, también merece ser citado en este contexto.

Sección 9. Prohibición de actividad política. La Corporación y sus funcionarios no podrán intervenir en los asuntos políticos de ningún miembro, y la índole política del miembro o miembros en cuestión no deberá influir en sus decisiones. Al tomar sus decisiones, la Corporación sólo tendrá en cuenta consideraciones de orden económico, y estas consideraciones se pesarán imparcialmente a los efectos de lograr los objetivos establecidos en este Convenio⁷.

Esta cláusula es muy similar a la del art. IV, sección 10, del tratado constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF)⁸, que también veda cualquier ingerencia en los asuntos políticos de sus miembros.

En el caso de la MIGA, las condiciones para conceder garantías están delimitadas en su tratado constitutivo de la siguiente manera:

Al garantizar una inversión, el Organismo deberá estar satisfecho de lo siguiente:

- i) La solvencia económica de la inversión y su contribución al desarrollo del país receptor.
- ii) La juridicidad de la inversión conforme a las leyes y reglamentos del país receptor.
- iii) La armonía de la inversión con los objetivos y prioridades declarados por el país receptor, y
- iv) Las condiciones para las inversiones en el país receptor, con inclusión de la disponibilidad de trato justo y equitativo y protección legal para la inversión⁹.

Como, aparentemente, los tratados constitutivos de estas instituciones financieras no les atribuían competencia para tomar en cuenta los derechos humanos y el medio ambiente, se generó una amplia discusión sobre la forma de expandir este tenor restrictivo. En sus inicios, el Banco Mundial interpretaba literalmente su tratado constitutivo, con el resultado de considerar que no tenía competencia para aplicar normas de

⁷ Sección 9 del tratado constitutivo de la CFI.

⁸ Acuerdo constitutivo del BIRF, entrado en vigor el 27 de diciembre de 1945, publicado en TIAS No. 1502, 2 UNTS 134. Modificado el 17 de diciembre de 1945, publicado en TIAS No. 5929, 16 UNTS 1942. Las ampliaciones de capital del Banco decididas en 1987 y 2010, no tienen relevancia para el presente estudio porque no afectaron las obligaciones jurídicas internacionales de la institución.

⁹ Art. 12.d del Tratado constitutivo de la MIGA.

derechos humanos¹⁰. Con el paso de los años, su posición se flexibilizó y comenzó a integrar los derechos humanos en su trabajo¹¹. Esta evolución coincidió con el momento en que el “Consenso de Washington”¹² sobre el liberalismo económico adquiría vigencia universal, como consecuencia de la desaparición del enfrentamiento bipolar a nivel global. No puede dejar de reconocerse el importante papel que han jugado las ONG de desarrollo, ante el propio Banco y ante el Congreso de los Estados Unidos, para presionar por un cambio de política del Grupo del Banco Mundial. Fue en el Congreso estadounidense donde se logró la adopción de una ley que condiciona la actuación del representante norteamericano en la Junta de Gobernadores del Banco, y donde se logró que las aportaciones de fondos de este país viraran hacia medidas

10 A principios de los años cincuenta del siglo XX, cuando se estaba elaborando el texto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tanto el BIRF como el FMI rechazaron la invitación para participar en las sesiones porque consideraban que la materia de los derechos económicos, sociales y culturales no formaba parte de sus competencias; cfr., Gianviti, F., “Economic, Social and Cultural Human Rights and the International Monetary Fund”, en: Alston, Ph. (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*. Oxford University Press, Oxford, 2005, pág. 115.

11 A partir de los años ochenta esta estricta posición comenzó a abrirse, admitiéndose que puede haber consideraciones “relevantes” que lleven a tomar en cuenta aspectos de naturaleza política. Ver, Shihata, I.F.I., “Environment, Economic Development, and Human Rights: A Triangular Relationship?”, *Am. Soc’y Int’l L. Proc.*, vol. 82, 1988, págs. 42-43. Ver, además, el comentario de Shihata, I.F.I., “The World Bank and Human Rights”, *International Commission of Jurists. Report on Regional Seminar on Economics, Social and Cultural Rights*, Abidjan 1998, publicado en 1999, en particular, pág. 145. Ahí, Shihata, que entonces era vicepresidente y consejero general del Banco Mundial, afirma que la Carta de las Naciones Unidas no obligaba al Banco, en tanto institución financiera, a adoptar el rol de reformador político o ético de sus miembros, lo que sí sería posible si fuera activo en materia de derechos humanos.

12 El Consenso de Washington se refiere a las recomendaciones mínimas que las instituciones financieras establecidas en Washington, D.C., dirigían a los Estados latinoamericanos. Estas recomendaciones consistían en la disciplina fiscal, la reordenación de los gastos públicos en consideración de efectos redistributivos hacia otros sectores (educación, salud, etc.), reforma fiscal (para reducir las tasas marginales y aumentar la base fiscal), liberalización de los tipos de interés, un tipo de cambio competitivo, liberalización comercial y de flujos de inversión extranjera, privatización, reducción de barreras regulatorias y garantías para la propiedad privada; cfr. Tausch, A., *From the “Washington” Towards a “Vienna Consensus”?* Nova Publishers, Hauppauge, Nueva York, 2007, pág. 1.

que respetan los derechos humanos y el medio ambiente¹³. A partir de entonces, en 1987, el Banco paralizó algunos proyectos que financiaba y, en 1989, comenzó a exigir a los Estados prestatarios que elaborasen planes nacionales ambientales¹⁴.

Fuera de los Estados Unidos, esta iniciativa fue al menos consentida, y a veces seguida expresamente, por otros Estados miembros con participación relevante en el capital del Banco Mundial¹⁵.

¹³ 22 U.S.C. paras. 262d y 262p.

¹⁴ Sanahuja, J. A., "Cambio de rumbo: propuestas para la transformación del Banco Mundial y el FMI", Informe del Centro de Investigación para la Paz (Madrid) y del Seminario de Investigación para la Paz (Zaragoza), No. 9, 1994, pág. 59.

¹⁵ En concreto, puede mencionarse el caso de Alemania. Su Ministra de Cooperación Económica y Desarrollo subrayó en un discurso ante el Parlamento alemán que, "En ello inciden también los medios económicos, por ejemplo, para poner en marcha un programa de protección del clima. – Sí, esto es necesario y correctamente decidido. En ello también es importante fomentar la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos. [...] Pero nosotros también queremos que la política estructural del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial siga pautas de compatibilidad social y sostenibilidad medioambiental". Cfr. trad. del discurso en alemán pronunciado por la Ministra Heidemarie Wiecezorek-Zeul, publicado en Deutscher Bundestag, 14 Wahlperiode, 3 Sitzung, Bonn, Dienstag, den 10, noviembre de 1998, pág. 121. Esto se puede observar también a partir de las propuestas positivas que se han elaborado en algunos Estados, en que se insiste en la conveniencia de que los órganos del Grupo del Banco Mundial desarrollen normas sociales y medioambientales. Sirve de ejemplo el llamamiento a una regulación rigurosa de las normas de los pueblos indígenas en las normas revisadas en 2006 por la CFI, realizado en Alemania. Ver, "Antrag der Abgeordneten Ute Koczy, Thilo Hoppe, Undine Kurth (Quedlinburg), Dr. Reinhard Loske, Hans-Christian Ströbele, Hans Josef Fell, Ulrike Höfken, Bärbel Höhn, Dr. Anton Hofreiter, Sylvia Kotting-Uhl, Claudia Roth (Augsburg), Christine Scheel, Dr. Gerhard Schick, Margareta Wolf (Frankfurt) und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen für starke soziale und ökologische Standards in der Internationalen Finanz-Corporation (IFC) der Weltbank", Deutscher Bundestag Drucksache 16/374, de 17 de enero de 2006. Otro ejemplo para ilustrar esta aquiescencia es el hecho de que el gobierno alemán contribuyó activamente, con dos millones de euros, al Fondo de Educación Gitana (Roma Education Fund), que fue creado en 2003 y que está coordinado por el propio Banco Mundial. Su objetivo es contribuir a la realización del derecho humano a la educación, facilitando el acceso de los niños gitanos a la educación en el Sudeste de Europa. Ver, "Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Burkhardt Müller-Sönksen, Florian Toncar, Dr. Werner Hoyer, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP –Drucksache 16/10630–", Deutscher Bundestag Drucksache 16/10778, de 3 de noviembre de 2008, pág. 18. También en relación con la promoción de la igualdad de la mujer, se pueden aducir muestras de una colaboración con el Banco Mundial a favor de la plena realización de las correspondientes normas. Es ejemplo de

A partir de 1998, el Grupo del Banco Mundial comenzó a reconocer expresamente sus obligaciones internacionales respecto a algunos derechos humanos y a tener consideraciones medioambientales. A los inicios de este proceso de reconocimiento se adoptó una posición según la cual, aunque la acción directa del Grupo del Banco Mundial sobre estas materias excedía a su competencia como institución de desarrollo, podía contribuir indirectamente a mejorar la situación de los derechos humanos, en particular de los derechos económicos, sociales y culturales¹⁶. Esta posición, que toma en cuenta los derechos humanos como factor relevante para sus políticas, se fue extendiendo a cada vez más ámbitos de acción, hasta que los derechos humanos fueron plenamente integrados a la agenda de trabajo del Grupo del Banco Mundial. A través de la labor del consejero general Roberto Dañino, en su mandato de 2003 a 2006, esta posición se extendió y consolidó. Desde entonces, el Banco Mundial sostiene que está vinculado jurídicamente por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aunque el consejero jurídico mantuvo que no se pueden aplicar con absoluto rigor las reglas sobre atribución de la responsabilidad internacional, puesto que la complejidad de cada caso exige ponderar los distintos valores jurídicos en juego. La consecuencia de esta interpretación es que el

esto el caso de la contribución alemana al plan de acción sobre género del Banco Mundial. Ver, "Bericht der Bundesregierung zur Zusammenarbeit zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinten Nationen und einzelnen, global agierenden, internationalen Organisationen und Institutionen im Rahmen des VN-Systems in den Jahren 2006 und 2007", Deutscher Bundestag Drucksache 16/10036, de 16 de julio de 2008, págs. 32 y 54.

- 16 Cfr. World Bank, *Development and Human Rights: the Role of the World Bank*. Washington, D.C., 1998, en particular, pág. 3. El consejero general I.H.I. Shihata señaló en su informe sobre las actividades políticas del Banco Mundial de 1995, que éste debe considerar los derechos económicos, aunque manteniendo una postura más estricta frente a los derechos políticos. Estos últimos sólo serían directamente aplicables por el Banco si estuviera obligado a ello, por ejemplo, a través de una resolución del Consejo de Seguridad. Ver, "Prohibition of Political Activities in the Bank's Work. Legal Opinion of the General Counsel, 11 July 1995, SecM95-707, de 12.07.1995", en Shihata, I.F.I., *The World Bank Legal Papers*. Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 2000, pág. 234. Ver también, "International Financial Institutions and Human Rights Law. Legal Analysis by the Center for International Environmental Law", Organization of American States, Inter-American Commission of Human Rights, 127th Regular Period of Sessions, March 1, 2007, Public Hearing: Human rights violations and responsibility of international financial institutions, pág. 3.

Banco Mundial se debe desvincular de proyectos en cuyo marco se hayan producido violaciones de derechos humanos muy flagrantes y de grandes proporciones¹⁷. Esto incluye tanto derechos económicos, sociales y culturales, como derechos civiles y políticos.

En 2006, la entonces consejera general del Banco Mundial, Ana Palacio, confirmó esta posición al decir que el tratado constitutivo del BIRF debe interpretarse de conformidad con las demandas y valores de los tiempos actuales¹⁸. Explicó la función de los derechos humanos en la labor del Banco Mundial de la siguiente manera:

Human rights now constitute defined legal standards of the international constitutional order. Seven core international human rights treaties have been ratified by the majority of the world's countries. A significant body of international legal obligations and jurisprudence now exists with respect to a core of civil and political as well as economic, social and cultural rights. How this body of law and principles relates to the World Bank is an issue ripe for analysis, in light of the evolving connection between human rights and development in the international context, in international law, and in the World Bank¹⁹.

A pesar de estas afirmaciones, la consejera general precisó que los derechos humanos no pueden ser una razón para incrementar las condiciones del Banco Mundial, ni tampoco para justificar la denegación de financiamiento o para aumentar los costos para hacer negocios²⁰.

Este enfoque relativamente amplio del Grupo del Banco Mundial en la actualidad, reafirma el carácter universal e indivisible de los

¹⁷ Cfr. el informe del consejero jurídico del Grupo del Banco Mundial, Dañino, R., "Legal Opinion on Human Rights and the Work of the World Bank. Senior Vice President and General Counsel", informe de 27 de enero de 2006, pág. 8. Esta concepción de los derechos humanos se evidencia también en la actual revisión de las políticas de sostenibilidad de la CFI. En la introducción a las políticas de sostenibilidad se incluye el siguiente párrafo: "IFC recognizes the responsibility of the private sector to respect human rights. [...] IFC demonstrates its commitment to respect human rights through its due diligence of the level and quality of the risks and impacts identification process carried out by its clients against the requirements of the Performance Standards, informed by country, sector, and sponsor knowledge". Cfr., "Policy on Social and Environmental Sustainability, V2", de 1 de diciembre de 2010, para. 11.

¹⁸ Cfr. Palacio, A., "The Way Forward: Human Rights and the World Bank", Development Outreach, *Special Report: Human Rights*. World Bank, Washington, D.C., 2006, págs. 35-36.

¹⁹ *Ibidem*, pág. 35.

²⁰ *Ibidem*, pág. 37.

derechos humanos, por lo que no es conveniente restringir el estudio de los mecanismos establecidos por el Banco Mundial a un único sector de los mismos. A la amplia atención que el Banco Mundial presta hoy en día a los derechos humanos en los proyectos que financia se añade que, en ejecución de su competencia en materias diferentes a las relaciones financieras, ha creado un régimen autónomo de Derecho Internacional, que exponemos a continuación.

b. Evolución de las reglas sociales y medioambientales

Los orígenes remotos de las normas de desempeño en materia social y medioambiental se encuentran en las reglas sobre condicionalidad política que fueron adoptadas en el desarrollo de los indicadores de gobernabilidad (*governance indicators*) del Instituto del Banco Mundial²¹. El Banco Mundial adoptó dichos indicadores tras observar que no se podía luchar contra la pobreza aplicando solamente variables macroeconómicas, pues una lucha efectiva contra la pobreza abarca necesariamente el pleno goce de los derechos humanos, tanto civiles como económicos²².

Con el fin de desarrollar estos indicadores, la CFI y la MIGA adoptaron normas sociales y medioambientales para regular su actividad, denominados generalmente “políticas de salvaguardia”. Al principio, cada una de las instituciones adoptó sus propias normas, por lo que ambas tenían un contenido diferente²³. Esto cambió a partir de

21 Cfr. Kaufmann, D., A. Kraay y M. Mastruzzi, “Governance Matters VI: Governance Indicators for 1996-2006”, World Bank Institute, Washington, D.C., julio de 2007. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=999979#>, a agosto de 2011.

22 Cfr. Shihata, I. F. I., “The Dynamic Evolution of International Organizations: The Case of the World Bank”, *Journal of the History of International Law*, vol. 2, 2000, pág. 249. Sin embargo, también hay quien piensa que el Banco Mundial no puede directamente considerarse vinculado por las normas generales de derechos humanos debido a las dificultades para establecer el nexo jurídico entre el Banco Mundial y este sector del Derecho Internacional, y para concretar su contenido. Ver, McInerney-Lankford, S., “International Finance Institutions and Human Rights: Select Perspectives on Legal Obligations”, en: Hunter/Bradlow (eds.), *International Financial Institutions and International Law*. Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010, págs. 255-259 (la autora habla aquí de las normas consuetudinarias, los principios generales del derecho, las normas *erga omnes* y de *jus cogens*).

23 El nombre en inglés de estos documentos varía. En el caso de la CFI, se hablaba de Safeguard Policies, adoptadas en setiembre de 1998, y en el caso

2006, cuando las dos instituciones adoptaron textos homogéneos con el título genérico Políticas y Procedimientos de Sostenibilidad Social y Medioambiental, compuestos por varios documentos que regulan la actividad de ambas instituciones financieras. Entre ellos se encuentran las Políticas de Sostenibilidad Social y Medioambiental, que fijan las funciones y responsabilidades de la CFI y la MIGA cuando financian o garantizan proyectos propuestos por empresas privadas²⁴.

En sus relaciones con el sector privado, la CFI y la MIGA adoptaron en 2006 y 2007, respectivamente, las Políticas y Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Social y Ambiental, que en su versión abreviada se denominan Normas de Desempeño (ND)²⁵ y que han sido actualizadas regularmente y desarrolladas progresivamente. Lo más reciente relativo a esta actualización se dio en mayo de 2011, cuando la CFI aprobó una reforma amplia a las reglas sobre sostenibilidad social y medioambiental²⁶, reconociendo expresamente la importancia de los derechos humanos, tanto para la propia CFI como para las empresas clientes²⁷.

de la MIGA se denominaban Environmental Policy and Procedures, adoptadas en julio de 1999. Ver, CAO, "Extracting sustainable advantage? A review of recent experience with IFC and MIGA extractive industries projects", Final Report, October 2002, págs. iv-v. Ver, más en general sobre los documentos adoptados por la CFI en esta materia, IFC, "Consultation Advisory No. 14: New IFC Sustainability Policy, Performance Standards and Disclosure Policy Now in Force", de 30 de abril de 2006, págs. 1-2.

24 Estos documentos son: "IFC's Policy on Social and Environmental Sustainability", adoptado el 30 de abril de 2006, disponible en: <<http://www.ifc.org>>, y "Política del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) sobre sostenibilidad social y ambiental", adoptado el 1 de octubre de 2007, disponible en: <<http://www.miga.org>>.

25 "Performance Standards on Social and Environmental Sustainability", de la CFI, en su versión del 30 de abril de 2006; y "Performance Standards on Social and Environmental Sustainability", de la MIGA, en su versión de 1 de octubre de 2007. La versión revisada entró en vigor el 1 de enero de 2012. Al igual que las respectivas políticas, las normas se pueden encontrar en las páginas de Internet de ambas instituciones.

26 Durante el año 2010 se produjo una amplia consulta internacional, que tuvo en consideración a la sociedad civil, con el fin de modificar la Política de Sostenibilidad y las ND. La nueva política y las ND fueron adoptados por el Consejo de Gobernadores de la CFI el 12 de mayo de 2011, y entraron en vigor el 1 de enero de 2012.

27 IFC, "International Finance Corporation's Policy on Environmental and Social Sustainability", 1 de enero de 2012, para. 12. En este apartado, la CFI reconoce tanto la "responsabilidad" directa de las empresas en el campo de los derechos

Las ND son objeto de explicación detallada en las notas de orientación²⁸. Además, existen las Guías Generales sobre Medio Ambiente, Sanidad y Seguridad²⁹, que se ocupan de los aspectos técnicos de carácter medioambiental, sanitario y de seguridad referidos en las ND.

Una característica de las ND especialmente notable es que tienen la doble función de determinar las obligaciones de las empresas clientes, y el nivel de diligencia que las instituciones financieras deben observar a la hora de conceder créditos u otorgar garantías. En este contexto, el CAO tiene una doble función, en tanto órgano de aplicación de las ND. Cuando la labor del CAO se refiere a la fase en que las instituciones financieras aplican las ND entre la empresa cliente y la población afectada por un proyecto, el CAO actúa como *ombudsman*. Cuando su actuación se refiere a la relación de supervisión entre las instituciones financieras y la empresa cliente, a la hora de valorar la situación de las personas afectadas por un proyecto, el CAO actúa en ejercicio de su función de cumplimiento. Por el contrario, las ND no se aplican entre la empresa y el Estado donde se produce la inversión, ni entre las instituciones financieras y el Estado, relaciones sobre las que el CAO no tiene competencia de supervisión. En estos casos pueden emplearse otras normas y otros mecanismos para solucionar las controversias (ver Gráfico 1).

La primera de las ocho normas de que se componen las ND se titula Sistemas de Evaluación y Gestión Social y Medioambiental, y en ella se hace énfasis a: i) realizar una evaluación integrada para identificar los impactos, riesgos y oportunidades sociales y medioambientales de los proyectos; ii) permitir una participación efectiva de las comunidades afectadas a través de la publicación de información relacionada con los proyectos, así como de la consulta a las comunidades locales sobre

humanos, como la necesidad interna de “devida diligencia” para supervisar a las empresas en la aplicación de los derechos humanos.

28 La versión más reciente de las Notas de Orientación, conocidas en inglés como Guidance Notes, es: CFI, “Notas de Orientación: Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Social y Ambiental” de 1 de enero de 2012, disponible en el sitio web del Sustainability Framework, <<http://www1.ifc.org>>.

29 MIGA, “Environmental, Health and Safety Guidelines”, en la versión de 30 de julio de 2007.

cuestiones que les afectan directamente; y iii) la mejora de la gestión por parte del cliente, de los aspectos sociales y medioambientales durante la ejecución del proyecto³⁰.

Las siguientes normas, del dos a ocho, se centran en impactos sociales y medioambientales que requieren particular atención en los mercados emergentes. Estas son las condiciones laborales y de trabajo (Norma 2); la prevención y lucha contra la polución (Norma 3); la sanidad y seguridad de las comunidades (Norma 4); la adquisición de tierras y el reasentamiento (Norma 5); la conservación de la biodiversidad y la gestión sostenible de los recursos naturales (Norma 6); los pueblos indígenas (Norma 7), y el patrimonio cultural (Norma 8)³¹.

Además de estos documentos, la CFI y la MIGA tienen otras reglas relativas a temas concretos. Se trata de las políticas sobre la promoción de la información, que definen sus obligaciones de permitir al público acceder a los datos de sus proyectos y otras actividades. Los estándares para la industria de extracción minera se ocupan de la protección de la persona y del medio ambiente, en particular, del derecho a la seguridad de las personas ante las fuerzas de seguridad privadas empleadas por las mineras³². Existen también orientaciones sobre el derecho al medio ambiente que van más allá de la ND 3 (prevención y lucha contra la polución)³³.

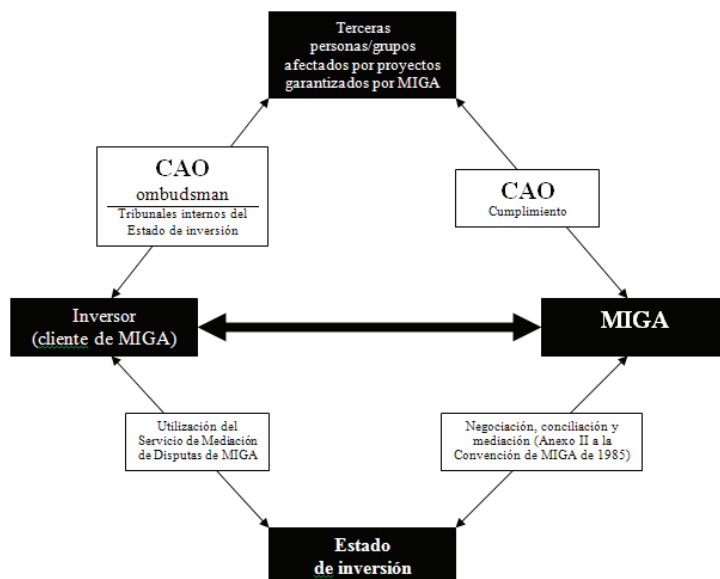
30 Para acceder a los textos actualizados de estas normas, a 1 de enero de 2012, revisar al sitio web del Sustainability Framework, en: <<http://www1.ifc.org>>.

31 *Ibidem*.

32 Este catálogo de estándares es la respuesta a un informe sobre la revisión del sector minero, y expone los resultados de unas encuestas hechas a los representantes de ese sector industrial. El 17 de setiembre de 2004, el Grupo del Banco Mundial publicó su respuesta al informe de la Extractive Industries Review, titulado “Striking a Better Balance – The World Bank Group and Extractive Industries: The Final Report of the Extractive Industries Review, World Bank Group Management Response”, disponible en: <[http://www.ifc.org/ifcext/eir.nsf/AttachmentsByTitle/FinalMgtResponseExecSum/\\$FILE/finaieirmanagementresponseexecsum.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/eir.nsf/AttachmentsByTitle/FinalMgtResponseExecSum/$FILE/finaieirmanagementresponseexecsum.pdf)>, a agosto de 2012. En este documento el Banco Mundial se compromete a exigir a sus clientes que, en el uso de fuerzas de seguridad públicas o privadas, cumplan con lo establecido en los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos. Ver, Voluntary Principles on Security and Human Rights. El texto completo de estos principios pueden verse en: <<http://www.voluntaryprinciples.org/principles/introduction>>, disponible a enero de 2012.

33 Se trata del Manual de Prevención y Reducción de Polución, de 1998. El Banco Mundial ha publicado este manual en inglés con el título de Pollution

Gráfico 1. Los mecanismos de solución de diferencias a disposición de las distintas partes afectadas por una garantía de inversiones concedida por MIGA



c. Del reconocimiento normativo de los aspectos sociales y medioambientales a la consagración institucional de su protección

Como ya se ha señalado, el CAO fue creado como consecuencia de las críticas de la sociedad civil sobre el modo de funcionamiento del Grupo del Banco Mundial. En concreto, se debió a la controversia entre la empresa Pangue S.A. y los grupos indígenas establecidos en la zona donde la empresa quería construir la presa hidroeléctrica de Pangue/Ralco en el río Biobío, en el sur de Chile. La CFI apoyaba el proyecto con un crédito de 170 millones de dólares. En 1995 se presentó un reclamo ante el presidente del Banco Mundial por este proyecto; en él se alegaba que la CFI había violado sus propias directrices relativas a los pueblos indígenas y al medio ambiente³⁴. El Panel de Inspección

Prevention and Abatement Handbook, disponible en: <http://www.ifc.org/ifcext/sustainability.nsf/Content/Publications_Handbook_PPAH>, a enero de 2012.

³⁴ Ver al respecto, Opaso, Ch., "The Biobio Hydroelectric Project: a lesson not fully learned", documento de trabajo presentado a la Regional Consultation of

del Banco Mundial, recientemente creado, no era competente porque el reclamo no estaba dirigido contra el BIRF o la Asociación Internacional de Fomento. Ante la insistencia de los reclamantes, los directores ejecutivos del Banco Mundial iniciaron una investigación interna y estudiaron cómo extender la competencia del Panel para abarcar la CFI. Además, decidieron nombrar un investigador independiente para evaluar el proyecto Pangué³⁵. En marzo de 1997, Endesa, la principal accionista de Pangué S.A., devolvió el préstamo recibido de la CFI para evitar que le fuera exigida alguna responsabilidad. En todo caso, se había puesto en marcha el proceso que desembocaría el año siguiente en la creación del CAO.

El estatuto del CAO fue adoptado en 1998 y comenzó a funcionar en julio del año siguiente, con el mandato de dirigir la atención de la CFI y de la MIGA a los impactos sociales y medioambientales de los proyectos que financian o garantizan. El fin era que ambas instituciones financieras contribuyeran al desarrollo sostenible y que los reclamos de las personas afectadas por los proyectos financiados fueran tratados de manera justa, constructiva y objetiva³⁶.

Los objetivos fueron articulados de acuerdo a las seis funciones recogidas en el estatuto del CAO:

- To advise and assist IFC and MIGA in dealing with sensitive or controversial projects, either at the request of the President or IFC's

the World Commission on Dams, "Large Dams and their Alternatives in Latin America: Experiences and Lessons Learned", 12-13 de agosto de 1999, São Paulo, Brasil, pág. 1.

³⁵ El informe relacionado con esta evaluación, adoptado en julio de 1997, nunca fue hecho enteramente público. Una versión reducida y censurada del informe de Jay Hair fue hecha pública el 15 de julio de 1997, titulada "IFC Releases Outside Review of Chilean Hydroelectric Project", IFC Press Release No. 98/06.

³⁶ Ver el documento "CAO Terms and Reference", disponible en: <<http://www.cao-ombudsman.org>>. El hecho de que el CAO sea un órgano perteneciente a la CFI y a la MIGA lo priva de plena independencia, lo que se muestra como un obstáculo para la realización de sus objetivos en casos complejos. Así, en el asunto de la mina de Yanacocha en la región de Cajamarca (Perú), las comunidades de indígenas y campesinos llamados a formar parte de una mesa redonda para el diálogo, solicitaron la disolución de dicha mesa debido a que consideraban que el CAO estaba favoreciendo a la empresa. Ver al respecto la nota de prensa "CAO fails to reduce conflict in Peru", Bretton Woods Project, de 15 de diciembre de 2006, pág. 1.

or MIGA's management or on the suggestion of the Ombudsman. [...]

- To assist in dealing with complaints from external parties affected by IFC or MIGA projects. Outside complaints received by the Office of the President, IFC, MIGA, or the Ombudsman would be investigated by the Ombudsman, as appropriate, in consultation with affected parties, project sponsors, and IFC's or MIGA's management, following a flexible process aimed primarily at correcting project failures and achieving better results on the ground. [...]
- To supervise reviews of IFC's and MIGA's overall environmental and social performance and sensitive projects, in order to ensure ex-post compliance with policies, guidelines, and procedures. [...]
- To provide advice to management on environmental and social policies, procedures, guidelines, resources and systems established to ensure adequate review and monitoring of IFC and MIGA projects. [...]
- To provide advice at the request of IFC's or MIGA's environmental and social staff on specific project issues.
- To maintain close ties with the World Bank's ESSD Council³⁷ to ensure consistency and harmonization of policies, guidelines, and procedures³⁸.

El presidente del Grupo del Banco Mundial nombra el CAO, que depende directamente de él. Su mandato no tiene una duración claramente delimitada y el presidente del Grupo del Banco Mundial en todo momento tiene la facultad de cambiar a la persona que dirige la oficina del CAO, si estima que ya no puede ejercer adecuadamente sus funciones.

d. La triple función del CAO

La jurista Meg Taylor, originaria de Papua-Nueva Guinea, ha ocupado el puesto de CAO desde su creación en 1998³⁹. Meg Taylor ha

³⁷ En la actualidad, el Consejo de Desarrollo Sostenible (ESSD Council) es la Red de Desarrollo Sostenible Social y Medioambiental.

³⁸ "CAO Terms and Reference", disponible en: <<http://www.cao-ombudsman.org>>.

³⁹ En este trabajo se hace referencia al CAO en masculino, en tanto que se ocupa de la institución del CAO en general y no de la persona de Meg Taylor, en cuyo caso se utilizaría el femenino.

dado su impronta a la institución del CAO en el entendido de que no se trata de un “mecanismo de control judicial”⁴⁰, sino que tiene la función de responsabilidad/rendición de cuentas y de solución de diferencias⁴¹. Estas funciones se ven reflejadas en las tres actividades que mencionan sus directrices operativas: la función de *ombudsman*, para conocer reclamos individuales; la función de consultoría de cumplimiento, para apoyar el proceso de control interno de la CFI y la MIGA, y la función de asesoramiento al personal de estas instituciones y al presidente del Banco Mundial⁴². Se analizan en lo que sigue cada una de estas funciones.

i. *Ombudsman*

El CAO está principalmente dedicado a la solución de los reclamos de las personas afectadas por proyectos de la CFI y la MIGA. Esta función se denomina *ombudsman*, en alusión a la institución que en muchas jurisdicciones internas sirve para dirimir controversias entre la administración y los particulares, sin la intervención de los tribunales de justicia.

De este modo se explica que la función de *ombudsman* consista en una labor conciliadora para mitigar los impactos sociales y medioambientales adversos que podrían conllevar los proyectos de la CFI y la MIGA⁴³. Esta función no le permite al CAO sancionar a la CFI o miga,

40 Ella interpreta su mandato señalando que “The CAO has no authority with respect to judicial process. The CAO is not an appeals court or a legal enforcement mechanism, nor is the CAO a substitute for international courts systems or court systems in host countries”. Cfr. la información general sobre las funciones del CAO, y en particular la función de cumplimiento, al justificarse el inicio de una auditoría del Karachaganak Project, “Case of Residents of the Village of Berezovka”, CAO Appraisal for Audit of IFC, CAO Compliance, C-I-R7-Y06-F079, abril de 2007, pág. 3. El CAO reiteró esta idea en otros casos, v. gr. en el “Case of Green Salvation/Residents in the Village of Berezovka II”, CAO Appraisal for Audit of IFC, CAO Compliance 0-I-R7-Y06-F086, de 15 de enero de 2008, pág. 3.

41 CAO, “Informe Anual 2006-2007”, pág. 2.

42 Ver las Directrices Operativas (Operational Guidelines) de abril de 2007, disponibles en: <<http://www.cao-ombudsman.org>>.

43 Esto incluye la revisión de la práctica de la CFI y la MIGA en lo que se refiere a la calificación de los proyectos en función de su impacto social y medioambiental. Esto se produjo en el caso del proyecto de ampliación de las plantaciones de soja en Mato Grosso (Brasil), por parte del Grupo André Maggi Participações

ni de declarar su eventual responsabilidad internacional. Tampoco tiene la facultad de prohibir a las instituciones que desembolsen las cantidades acordadas con las empresas clientes. El CAO se limita a trabajar junto con las personas afectadas, es decir, los reclamantes, y la empresa que ejecuta el proyecto, para llegar voluntariamente a acuerdos que satisfagan los intereses de ambas partes⁴⁴. El procedimiento ante el CAO es voluntario para las partes, por lo que únicamente avanzará con el común consentimiento del denunciante y la empresa⁴⁵.

a) Presentación del reclamo y admisibilidad

El procedimiento en la función de *ombudsman* consiste de dos fases: la admisibilidad y el fondo. La primera fase es la admisibilidad del reclamo (Appraisal Report). Según las reglas de procedimiento, los reclamos deben cumplir con tres requisitos:

1. debe versar sobre un proyecto en el que participe la CFI o la MIGA, o sobre un proyecto que dichas instituciones estén considerando seriamente financiar;

Limitada, presentado el 1 de noviembre de 2004. Este proyecto había sido calificado como proyecto de categoría B, pero las poblaciones afectadas reclamaron que fuera calificado como de categoría A. El presidente del Banco Mundial exigió una Evaluación de Cumplimiento, en la que el CAO señaló que la CFI debía asegurarse de que todos los riesgos medioambientales y sociales estuviesen mitigados. Ver sobre este asunto la información disponible en: <<http://www.cao-ombudsman.org>>. El asunto fue concluido en junio de 2005. El CAO criticó una situación parecida en el asunto de la actividad de producción y refinamiento de aceite de palma por el Grupo Wilmar, en Indonesia. La empresa había logrado que sus proyectos fueran clasificados en las categorías B y C, y no A, pero las actividades resultaban tener un impacto negativo muy significativo entre las poblaciones locales y sobre el medio ambiente. La razón que había llevado a esta baja clasificación fueron las presiones financieras por la competencia en los mercados internacionales. Cfr. CAO, "Audit of IFC's investments in: Wilmar Trading (IFC No. 20348), Delta-Wilmar CIS (IFC No. 24644), Wilmar WCap (IFC No. 25532) and Delta-Wilmar CIS Expansion (IFC No. 26271)", C-I-R6-Y08-F098, de 19 de junio de 2009, pág. 2.

44 CAO, "Informe Anual 2006-2007", pág. 10. Sobre la importancia de la buena voluntad de ambas partes ver, CAO, "Informe de evaluación *Ombudsman* para las partes interesadas, referente a preocupaciones de miembros de comunidades vecinas con respecto a las granjas de PRONACA, Santo Domingo-Ecuador", de junio de 2011, pág. 9.

45 Ver, entre otros, CAO, "Ombudsman Assessment Report, regarding concerns from community members about the Chad-Cameroon Petroleum Development and Pipeline project (#11124) in Cameroon," de enero de 2012, párr. 3, pág. 14.

2. su contenido debe ser acorde al mandato del CAO, es decir, referirse a impactos sociales o medioambientales de las inversiones apoyadas por la CFI o la MIGA;
3. la parte reclamante debe ser una persona física, ya sea un individuo o un grupo de personas, que está siendo o puede verse afectado por los impactos medioambientales o sociales del proyecto⁴⁶.

A pesar de estos estrictos criterios de admisibilidad, hay que señalar que aunque un reclamo concreto no cumpla con alguna o todas ellas, el CAO no toma necesariamente la decisión de archivarlo. El CAO siempre puede iniciar de oficio su función de cumplimiento.

A lo largo de su práctica, el CAO ha interpretado estas condiciones de admisibilidad. En primer lugar, no tramita un reclamo sometido al mismo tiempo a varios mecanismos de solución de controversias, sean nacionales o internacionales. Por ejemplo, no se consideró competente para conocer de una reclamación contra un proyecto en Georgia en la que ya estaba trabajando la Asociación de Jóvenes Abogados de Georgia (GYLA), aunque se ofreció para facilitar conversaciones entre la compañía afectada y GYLA, quienes finalmente lograron un acuerdo sobre el fondo⁴⁷. Por la misma razón, no admitió un caso que

⁴⁶ El CAO no encontró ninguna relación relevante entre el reclamante y el proyecto en el caso “Ramky-02/Mumbai”, concluido en octubre de 2005. Se consideró que la organización india Corporate Accountability Desk no se veía directamente afectada por el proyecto Ramky. Tampoco encontraron ninguna relación entre la organización Fondo Mundial para la Naturaleza (World Wildlife Fund - WWF) y las personas o el grupo afectado por un oleoducto. Ver los casos “Oleoducto BTC-04/Suiza”, concluido en mayo de 2004; “Oleoducto BTC-03/Suiza”, concluido en abril de 2004; “Oleoducto BTC-02/Rustavi”, concluido en abril de 2004, y “Oleoducto BTC-01/Suiza”, concluido en diciembre de 2003. Conviene señalar que en el caso de la tercera reclamación del Fondo Mundial para la Naturaleza, el CAO sí admitió las tres reclamaciones individuales de las personas Tba, Tsemi y Sadgeri, mientras que volvió a rechazar el reclamo general de la ONG. Por la misma razón, el CAO no admitió un reclamo de la asociación Amigos de la Tierra por el proyecto Gateway en el Río Jordán. Ver el caso “Proyecto Jordán Gateway Co.-01/Valle de Bet Shean”, concluido en diciembre de 2000. Ver también, CAO, “Stakeholder Assessment Regarding Labor Rights Concerns at Standard Profil, Turkey”, de 2 de febrero de 2009, pág. 2.

⁴⁷ Ver casos “Oleoducto BTC-25/Vale” y “Oleoducto BTC-24/Vale”, concluidos en setiembre de 2005, a los cuales se hace referencia en CAO, “Informe Anual 2006-2007”, pág. 20.

se encontraba pendiente ante los tribunales internos de Pakistán⁴⁸, uno de Georgia⁴⁹ y otro donde el reclamante ya venía trabajando en estrecha relación con la propia CFI para aclarar el contenido de los informes medioambientales relativo al impacto de un proyecto⁵⁰.

En segundo lugar, el CAO no acepta reclamaciones cuando son en sustancia iguales a las presentadas por otras personas o grupos, y que ya se encuentran en fase de investigación. Esto lo aplicó con las reclamaciones sobre una central hidroeléctrica en la localidad india de Jagat Sukh⁵¹ y por la construcción, por la empresa BTC Co., de un oleoducto que atravesaba Georgia⁵². El hecho de que el CAO haya desarrollado este criterio confirma que no es un órgano de indemnización o resarcimiento de daños personales, sino un mecanismo para aumentar la eficacia de la labor financiera y de fomento del desarrollo, llevado a cabo por la CFI y la MIGA en conformidad con las reglas adoptadas por dichas instituciones financieras.

b) La fase de evaluación y solución del problema

Cuando una queja es aceptada para evaluación, el CAO, en su función de *ombudsman*, tiene un plazo de 120 días para evaluar el conflicto e identificar las opciones de las partes interesadas por resolver el asunto

48 Se trata del caso “Pakistan, DJ Khan-01/Kahoon”, concluido en enero de 2006, sobre el emplazamiento de varias plantas de cemento y los informes de impacto ambiental relativos. No obstante, conviene señalar que la sociedad civil criticó esta decisión del CAO.

49 Ver el caso “Georgia, Oleoducto BTC-05/Ciudad de Rustavi”, concluido en junio de 2004, relativo a las indemnizaciones por tierras en Rustavi, un caso todavía abierto ante los tribunales de Georgia cuando la reclamación fue presentada al CAO.

50 Ver el caso, “Belize, NOVA Companies (Belize) Ltd. and Ambergris Aquaculture Ltd.-01/Ladyville”, concluido en enero de 2005.

51 Caso “AD Hydro Power Limited-02/Jagat Sukh”, concluido en setiembre de 2005. Un grupo de 35 personas presentó un caso idéntico a otro ya sometido al CAO por otras personas, con anterioridad.

52 Ver las reclamaciones: “Tetriskaro (individual)/Georgia”, recibida el 1 de diciembre de 2004; “Residents of Parnavazi Street, Tetriskaro/Georgia”, recibida el 15 de diciembre de 2004; “Residents of Stalin Street, Tetriskaro/Georgia”, recibida en diciembre de 2004, y “Residents of Tadzrisi, Borjomi Region/Georgia”, recibida el 10 de diciembre de 2004. Ninguna de ellas fue admitida, aunque su contenido fundamental fue presentado a la British Petroleum, el socio mayoritario de BTC Co., en conversaciones directas sostenidas por el CAO.

o asuntos expuestos por el denunciante. En esta etapa, el CAO realiza las típicas tareas de un conciliador, aclara los datos recibidos, recopila la información acerca de cómo otras partes interesadas ven la situación, y ayuda a las partes a determinar la situación puede resolverse⁵³. Esta etapa del procedimiento se llama período de evaluación; el CAO compila los resultados de este procedimiento en el Informe de Evaluación. Durante el procedimiento, el CAO, en su función de *ombudsman*, trabaja intensamente con los actores locales, en coordinación con la CFI y la MIGA, así como con terceras personas independientes que posean los conocimientos adecuados, culturales y lingüísticos, para que puedan actuar como facilitadores⁵⁴.

Si en el período de evaluación el CAO observa que no se puede llegar a una solución colaborativa de la controversia, refiere la queja a su función de cumplimiento. Si, por el contrario, observa que es posible hallar una solución de mutuo acuerdo, permanece a disposición de las partes para contribuir a la solución de la controversia⁵⁵. El CAO puede solucionar la controversia con técnicas de facilitación y transmisión de información, determinación conjunta de los hechos, diálogo y negociación. También puede usar la conciliación y la mediación, de acuerdo a cada caso⁵⁶.

Dado el carácter voluntario del procedimiento, en cualquier momento los reclamantes pueden desistir de su reclamación⁵⁷, caso en que se daría por terminada. Si durante una investigación en curso se detectaran nuevas violaciones diferentes a las alegadas por el reclamante, el CAO ha afirmado que su investigación no se extendería a ellas, con el fin de ser equitativo con ambas partes. Por tanto, la investigación solo se ocuparía

⁵³ En 2007, el CAO desarrolló una herramienta de monitoreo y evaluación para medir la eficacia de su trabajo en el estudio y procesamiento de las reclamaciones individuales. Ver al respecto, CAO, “Informe Anual 2006-2007”, pág. 12.

⁵⁴ Ver la información en el sitio web <<http://www.cao-ombudsman.org/howwework/ombudsman/>>, disponible a mayo de 2012.

⁵⁵ CAO, “Operational Guidelines”, abril de 2007, págs. 16-17.

⁵⁶ *Ibidem*, pág. 17.

⁵⁷ Incluso antes de que el propio CAO decida sobre la admisibilidad, los reclamantes pueden retirar su reclamación, como ocurrió en el caso “Turquía, Oleoducto BTC-21/Posof”, concluido en julio de 2005.

de las cuestiones suscitadas por parte del reclamante al principio del procedimiento⁵⁸.

En su labor de conciliador o mediador, el CAO tiene el mandato de no adoptar soluciones que sean coercitivas para alguna de las partes, contrarias a las políticas de la CFI y la MIGA, o que violen el derecho interno del respectivo Estado o el Derecho Internacional Público⁵⁹.

c) Terminación del procedimiento

Si la labor mediadora del CAO tiene éxito y se alcanza un acuerdo, el CAO considera cerrado el asunto y publica un informe de salida. Este informe de salida contiene una valoración de los hechos a la luz de las ND, a partir de la cual ofrece también una serie de conclusiones y recomendaciones dirigidas a la CFI o la MIGA, que no tienen carácter vinculante. Por el contrario, si el CAO no puede contribuir a encontrar una solución de común acuerdo, puede remitir el asunto a la función de cumplimiento⁶⁰.

ii. Cumplimiento

En su función de cumplimiento, el CAO puede llevar a cabo una auditoría interna sobre un proyecto financiado por la CFI o garantizado por la MIGA, determinando si estas instituciones han violado o no sus ND. Mientras la función de *ombudsman* persigue encontrar soluciones pragmáticas para los conflictos entre las empresas y las personas afectadas por los proyectos, en la función de cumplimiento el CAO trata de indagar sobre los aspectos en que las instituciones financieras no han supervisado la ejecución del proyecto por parte de la empresa.

⁵⁸ Cfr. la afirmación del CAO reflejada en la transcripción de una entrevista dirigida al personal de la CFI y de la MIGA, “CSO discussion with IFC/MIGA Compliance Advisor Ombudsman”, Bretton Woods Project, de 21 de setiembre de 2005, pág. 2: “Alexi Knizhnikov from Crude Accountability asked what would happen if during the course of a CAO investigation, another wrongdoing external to the complaint was uncovered, as occurred in the case of Karachaganak. The CAO responded that in order to be fair to all parties in the process, they stick to the questions asked of them in the complaint”.

⁵⁹ CAO, “Operational Guidelines”, abril de 2007, párr. 2.4.2., pág. 18.

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 3.3.1., pág. 21.

Se puede iniciar una auditoría de cumplimiento por tres vías. Por un lado, la puede iniciar el presidente del Grupo del Banco Mundial o los directores de la CFI o la MIGA. También es posible iniciarla cuando el CAO no logra encontrar una solución a una reclamación individual a través de la función de *ombudsman*. Finalmente, el CAO puede decidir iniciar la auditoría *motu proprio*. En todo caso, una condición necesaria es que la CFI o la MIGA, haya estado activamente involucrada en el proyecto en el momento de producirse los hechos que son objeto de la auditoría. Si dichos hechos se produjeron después de la salida de la CFI o la MIGA, el CAO ya no entraría a conocer del asunto⁶¹.

La información sobre la que se basan las instancias del Banco Mundial para solicitar una auditoría, puede ser diversa. No existen reglas concretas al respecto, y se pueden dar casos en los que un reportaje difundido por la televisión que denuncie ciertas violaciones de derechos humanos sea suficiente para iniciar una investigación⁶². En todo caso, sólo se inician auditorías si la información disponible suscita preocupaciones sustantivas sobre los aspectos sociales y medioambientales⁶³. En estos casos, el CAO empieza por elaborar un informe de evaluación de cumplimiento (*compliance appraisal report*) para determinar si debe realizar una auditoría de cumplimiento. La finalidad de la auditoría es mejorar el nivel de desempeño social y medioambiental de las instituciones financieras⁶⁴. Para ello, el CAO únicamente puede recomendar que dichos organismos tomen determinados pasos para

⁶¹ Ver el asunto del proyecto Ramky, “Ramky Enviro Engieneers Ltd. (REEL) hazardous waste management facilities”, CAO Appraisal for Audit of IFC, CAO Compliance, CI-R6-Y08-F097, de 16 de junio de 2008, pág. 7, en el que el CAO emplea este argumento para no admitir el asunto.

⁶² Así, en el caso del “CAO Audit of MIGA’s Due Diligence of the Dikulushi Copper-Silver Mining Project in The Democratic Republic of the Congo”; el presidente del Banco Mundial pidió una auditoría por un reportaje emitido el 6 de junio de 2006 por el programa Four Corners, que pertenece a la Australian Broadcasting Corporation (ABC), sobre una masacre ocurrida en Anvil, una localidad en la República Democrática del Congo, en la noche del 16 de abril de 2004. Ver el “Final Report”, de noviembre de 2005, pág. 1.

⁶³ Cfr. CAO, “Case of IFC’s Involvement Linked to the Jubilee Oil Field, Ghana”, CAO Appraisal for Audit of IFC / CAO Compliance, C-I-R4-Y11-F137, de 20 de mayo de 2011, pág. 3.

⁶⁴ CAO, “Informe Anual 2006-2007”, pág. 15.

mejorar su labor, no tiene la competencia para pedir la suspensión de una garantía concedida por la CFI o la MIGA. Por tanto, no tiene poderes ejecutivos ni de sanción sobre las instituciones financieras, sino que debe ofrecer datos y directrices independientes para poner públicamente de manifiesto un incumplimiento de la CFI o la MIGA de sus propias normas, así como una guía para que corrijan las deficiencias de su actuación⁶⁵.

iii. Asesoramiento

El CAO realiza también una función de asesoramiento independiente para el presidente del Grupo del Banco Mundial y las gerencias de la CFI y de la MIGA. El asesoramiento versa en principio sólo sobre directrices, políticas o tendencias de carácter general que tengan que ver con cuestiones sociales o medioambientales. Así, por ejemplo, esta función le ha permitido contribuir a la revisión de las políticas de salvaguardia de la CFI, que llevaron a la adopción de la Política de Sostenibilidad Social y Medioambiental y a las ND en febrero de 2006⁶⁶, y a la enmienda de las ND en 2011. Con el fin de preservar su propia independencia institucional, el CAO no considera conveniente asesorar al personal de la CFI o de la MIGA sobre proyectos concretos; especialmente, evita tal ingerencia en la fase previa a la aprobación del proyecto por parte de estos organismos, para evitar los conflictos de intereses que se producirían si en el futuro recibiera una reclamación individual que exigiera su intervención en calidad de *ombudsman*⁶⁷.

⁶⁵ Esto se puede deducir, entre otras, de las recomendaciones del CAO en la auditoría de la mina de Dikulushi. Cfr. “CAO Audit of MIGA’s Due Diligence of the Dikulushi Copper-Silver Mining Project in The Democratic Republic of the Congo”, Final Report, de noviembre de 2005, pág. 23: “It is not appropriate for CAO to opine on whether MIGA should continue to provide political risk insurance to the Dikulushi Mine or on whether there are grounds to cancelling the contract”.

⁶⁶ Particular mención merece aquí la publicación por parte del CAO del informe “A Review of IFC’s Safeguard Policies. Core Business: Achieving Consistent and Excellent Environmental and Social Outcomes”, de enero de 2003, donde se recogen las recomendaciones para mejorar los instrumentos jurídicos de la CFI; en particular, sobre los efectos relativos a derechos humanos, ver págs. 30-35.

⁶⁷ En efecto, en principio se había concebido la función de asesoramiento del CAO de tal modo que también podía asesorar sobre proyectos concretos. Sin embargo, el propio CAO descartó poco después esta posición porque quería

2. La incipiente práctica del CAO en materia social y medioambiental

a. Consideraciones generales del CAO sobre derechos humanos

A lo largo de sus diez años de funcionamiento, el CAO ha acumulado una incipiente práctica en que va precisando el alcance de las obligaciones relativas a derechos humanos de las instituciones financieras a las que sirve. Esta práctica refleja tanto algunas observaciones generales sobre los derechos humanos, como interpretaciones de las ND en aspectos concretos de esta rama del Derecho. Tres de las consideraciones generales del CAO sobre derechos humanos merecen una mención especial: la conveniencia de incluir una referencia al CAO en los contratos de la CFI y de la MIGA; el impulso del CAO para el desarrollo progresivo de las normas sociales y medioambientales, y la consolidación del principio democrático de consulta a las personas afectadas por un proyecto.

En primer lugar, el CAO reitera regularmente la conveniencia de incluir ciertos estándares de derechos humanos, que pueden ser particularmente relevantes para un determinado proyecto, dentro de las cláusulas del contrato de financiación o de garantía⁶⁸. Según el CAO, la ventaja de esta inclusión en el contrato sería un incremento en la seguridad jurídica para ambas partes. Las instituciones financieras dispondrían de pautas de conducta suficientemente específicas para evaluar la actuación de sus clientes, y los clientes tendrían pleno conocimiento sobre el alcance de las obligaciones asumidas frente a esas instituciones. Sin embargo, en la práctica, la CFI y la MIGA no incorporan sistemáticamente estas cláusulas en sus contratos de financiación.

evitar conflictos de intereses. Esto se confirmó en diciembre de 2002, cuando el presidente del Banco Mundial indicó que la función de asesoramiento del CAO adquiriría un carácter más formal y que se emplearía con objetivos más estratégicos. Ver al respecto, Dysart, B., Murphey, T. y Chayes, A., "Beyond Compliance? An External Review Team Report on the Compliance Advisor/Ombudsman Office of IFC and MIGA", de 24 de julio de 2003, pág. vii.

⁶⁸ Esto fue afirmado por el CAO en el asunto de la mina de Dikulushi, "CAO Audit of MIGA's Due Diligence of the Dikulushi Copper-Silver Mining Project in The Democratic Republic of the Congo", Final Report, de noviembre de 2005, pág. 24.

En segundo lugar, el CAO puede tomar parte en el desarrollo progresivo de nuevas reglas de la CFI y de la MIGA. Esto puede tener lugar a través de varias vías. Una es la participación en los procesos de adopción de normas de la CFI y de la MIGA; otra es la recomendación de medidas normativas cuando el estudio de una reclamación individual haya permitido detectar la necesidad de una nueva regulación.

El CAO ha participado activamente en la labor normativa de la CFI. De hecho, las políticas y normas de desempeño fueron el resultado de su revisión de las políticas de salvaguardia en 2003⁶⁹. También ha formulado recomendaciones al proceso de revisión de las ND de 2010 y 2011⁷⁰. Como consecuencia del análisis de las reclamaciones individuales, el CAO ha pedido a la CFI que mejore o adopte nuevas reglas sobre el reparto de responsabilidad en materia de derechos humanos en las cadenas de producción⁷¹.

En tercer lugar, el CAO pone particular énfasis en los procesos de consulta a la población afectada antes de realizar cualquier proyecto grande en un Estado. En la actualidad, esta exigencia de la consulta constituye un elemento transversal de todo proyecto. En cierto modo, la consulta a las personas afectadas incluso complementa la función de *ombudsman* del CAO, puesto que éste interviene sólo si la consulta entre la empresa y los afectados fracasa, y se ofrece a mediar entre ambas partes. En estos casos, su tarea consiste en recuperar la confianza de los afectados por un proyecto, es decir, restituir el proceso de consulta y diálogo entre todas las partes afectadas.

Dependiendo de la naturaleza del proyecto, la consulta puede involucrar a las personas afectadas o a las ONG que las representan⁷².

⁶⁹ CAO, “A Review of IFC’s Safeguard Policies – Core Business: Achieving Consistent and Excellent Environmental and Social Outcomes”, 2003.

⁷⁰ CAO, “Review of IFC’s Policy and Performance Standards on Social and Environmental Sustainability and Policy on Disclosure of Information”, de mayo de 2010.

⁷¹ Ver, *v.gr.*, “Case of Forest Peoples Programme”, CAO Appraisal for Audit of IFC, CAO Compliance, C-I-R6-Y08-F096, de septiembre de 2008, pág. 10.

⁷² Esta necesidad de consulta puede observarse, por ejemplo, en el proyecto Pando y Monte Lirio, de construcción de dos presas hidroeléctricas. La CFI reconoció la necesidad de consultar con todas las comunidades afectadas, tanto si se

Las ONG pueden tomar parte en los procesos de aplicación y monitoreo de los derechos humanos en todo lo relacionado con los proyectos. Así, en el caso del proyecto de la mina de Dikulushi, en la República Democrática del Congo, el CAO celebró la decisión de la MIGA de recurrir directamente a ciertas ONG para supervisar el proyecto. La MIGA había incluido una cláusula en el contrato de garantía que daba lugar a la presencia de las ONG, lo que reforzó las probabilidades de un resultado positivo del proyecto⁷³. También en un asunto admitido en relación con Perú, el CAO condicionó la admisibilidad de la reclamación de recepción de información a la consulta previa a las comunidades afectadas por la ampliación de una mina de cobre sobre nuevos terrenos concesionarios⁷⁴. Aunque esta admisibilidad no prejuzga sobre el fondo del asunto, es al menos una señal de la relevancia que el CAO otorga a la consulta previa a todas las comunidades afectadas.

b. La protección de los pueblos indígenas

i. El alcance de la regla sobre la consulta libre, previa e informada

Cuando en 2005 el BIRF adoptó una nueva directriz sobre pueblos indígenas, comenzó un debate acerca de si el Banco podía imponer a los Estados miembros la obligación de llevar a cabo una consulta pública en la que los indígenas afectados por un proyecto apoyado por el Banco dieran su consentimiento⁷⁵. Los directores ejecutivos

trataba de pueblos indígenas o no. Ver, "Response to Ombudsman Assessment Report: Complaint regarding the Electron Investment S.A. Pando y Monte Lirio Hydroelectric Project (#27975)", The World Bank/IFC/MIGA Office Memorandum, de 1 de setiembre de 2010.

⁷³ "CAO Audit of MIGA's Due Diligence of the Dikulushi Copper-Silver Mining Project in The Democratic Republic of the Congo", Final Report, de noviembre de 2005, págs. 22 y 24.

⁷⁴ Cfr. el asunto "Peru/Quellaveco-01/Moquegua", sometido al CAO el 26 de noviembre de 2011, disponible en: <http://www.cao-ombudsman.org/cases/case_detail.aspx?id=185>, a mayo de 2012.

⁷⁵ Este fue un punto central de las reivindicaciones de la sociedad civil. Numerosos representantes de los intereses de los pueblos indígenas presionaron a favor de su inclusión en la política de operaciones. Ver, entre otros, la Comisión Mundial de Represas, "Represas y desarrollo: Un nuevo marco para la toma de decisiones", 2000, págs. 225-226, disponible en: <http://www.dams.org/docs/report/other/wcd_sp.pdf>, a febrero de 2012. Esta reclamación se encuentra igualmente

cerraron el debate al formular la política de operaciones en el sentido de exigir una “consulta previa, libre e informada con un amplio apoyo de la comunidad”⁷⁶. Esta redacción amplia y genérica permite dejar en manos de los Estados las medidas concretas para alcanzar el “amplio apoyo”⁷⁷. La misma redacción se encuentra en las ND de la CFI y la MIGA⁷⁸. No obstante, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, señala el derecho de estos pueblos a resarcimiento en caso de que se les haya privado de sus tierras sin consentimiento previo, libre e informado⁷⁹. Por tanto, existe una diferencia apreciable con respecto a la posición del Banco Mundial⁸⁰.

recogida en el documento elaborado por el International Council on Mining and Metals, en el que aporta sus comentarios al Extractive Industries Review, titulado “Striking a Better Balance: The World Bank Group and Extractive Industries, The Final Report of the Extractive Industries Review”, 2004, pág. 3. Disponible en: <<http://www.icmm.com/indres/372ICMMCommentsonWBManagementDraftResponse.pdf>>, a febrero de 2012.

76 En inglés: *free prior and informed consultation with broad community support*. Ver el punto 6.c) de la política de operaciones 4.10 del Banco Mundial.

77 La única aclaración que ofrece la política de operaciones es que el grado de consulta dependerá de la complejidad del proyecto propuesto y que ha de ser proporcional a la naturaleza y dimensión de los posibles efectos del proyecto sobre los pueblos indígenas, tanto si son negativos como positivos. Determinar el amplio apoyo de la comunidad exigirá tomar en cuenta las circunstancias concretas del caso, en particular la representatividad de los líderes de los pueblos indígenas. Para llegar a la presente redacción de la obligación de consulta, los Estados que defendían esta posición presentaron un informe elaborado por la Asesoría Legal del Banco Mundial. No se ha publicado el informe, pero de él habla Fergus MacKay en su artículo “Symposium-Panel of the American Association of Law Schools Section International Human Rights Law, AALS Annual Meeting, January 8, 2005, San Francisco: The Draft World Bank Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples: Progress or More of the Same”, *Ariz. J. Int'l & Comp. Law*, vol. 22, 2005, págs 65-97, en particular, págs. 78-79.

78 Cfr. párr. 9 de la Norma 7 (Pueblos Indígenas) de la CFI, de 30 de abril de 2006; igualmente, en las ND de la MIGA de 1 de octubre de 2007, y las revisadas en 2011.

79 Arts. 19 (consentimiento), 26 (tierras) y 28.1 (derecho de reparación) de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptada mediante Res. de la AG de NU A/RES/61/295, de 13 de setiembre de 2007. Esta misma regla se aplica a la explotación comercial de recursos y conocimientos tradicionales de pueblos indígenas. Ver párr. 15 de la Norma 7 (Pueblos Indígenas) de la CFI, de 30 de abril de 2006.

80 Este es un problema típico de la pluralidad de regímenes autónomos de Derecho Internacional (los denominados *self-contained regimes*). Sin pretender

ii. La interpretación del CAO sobre la consulta libre, previa e informada

La práctica confirma que un proyecto apoyado por la CFI o por la MIGA, no siempre se concilia con los intereses de los pueblos indígenas, lo que dificulta la aplicación estricta del concepto de “consentimiento” empleado por la Declaración de las Naciones Unidas. Especialmente problemáticos son los proyectos mineros, porque la población local no valora igualmente la dimensión de desarrollo económico, la degradación medioambiental y la reducción del territorio.

El aspecto litigioso se observa, por ejemplo, en el caso de la Minera Yanacocha en Perú. En este caso, la ONG Project Underground asistió a la Federación de Rondas Campesinas Femeninas del Norte del Perú para presentar una reclamación ante el CAO porque la empresa Newmont, compañía de extracción de oro, no les había consultado durante la elaboración del estudio de impacto medioambiental preparatorio para la implantación de esta mina de oro, la más grande de Latinoamérica. Además, la empresa no había reconocido a la comunidad de campesinos como pueblos indígenas, por lo que carecían de la protección de las ND⁸¹. Ante la oposición de los campesinos y la inercia de la compañía minera, el CAO sólo logró establecer una “mesa de diálogo” que empleó técnicas de negociación inapropiadas⁸².

entrar en la valoración de si la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas de 2007 constituye realmente una norma general de Derecho Internacional, es cierto que a partir de las normativas de las Naciones Unidas y del Banco Mundial se ponen en marcha diferentes dinámicas en la producción de normas, que tienen difícil solución jurídica. La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas propuso algunas soluciones a los conflictos entre el Derecho Internacional general y el de un régimen autónomo. Ver, “Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law”, *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, segunda parte, párrs. 13-16.

81 Ver la nota de prensa “US NGO challenges Peru mine inspection process”, Bretton Woods Project, de 17 de setiembre de 2002, pág. 1.

82 En su informe en capacidad de *ombudsman*, el CAO se esforzó por crear un ambiente favorable a la negociación, aunque sin profundizar en el fondo del caso. No profundizó en las alegaciones de las partes relativas a su no reconocimiento como pueblo indígena, sino que se centró en el derecho al medio ambiente sano. CAO, “Informe de salida con respuesta a las dos reclamaciones

En el asunto de la mina Marlin en Guatemala, el CAO también se refirió a una serie de derechos de los pueblos indígenas cuyo cumplimiento debería haber exigido la CFI a la empresa Montana Exploradora de Guatemala S.A., así como al propio Estado guatemalteco. En particular, se exigía al Estado una mayor transparencia sobre la distribución de los beneficios de impuestos generados por el proyecto⁸³. Sin embargo, ni el CAO ni el presidente del Grupo del Banco Mundial obligaron a la empresa a reconocer un referéndum realizado por los indígenas en el que expresaron su rechazo a la mina⁸⁴. Este conflicto ha continuado, a pesar de que el CAO cerró la reclamación en mayo de 2006 y de la salida de la CFI del proyecto⁸⁵.

En otro caso reciente se confirma que el CAO no pide más que una consulta amplia. En el asunto de la terminal de contenedores de la empresa TCBuen S.A. en el puerto de Buenaventura, Colombia, el CAO observó que la empresa había realizado un amplio proceso de consulta a los habitantes afrodescendientes de la zona donde se realizaba el proyecto. En sus conclusiones eludió pronunciarse sobre el alcance del derecho de consulta/consentimiento previo, libre e informado señalando que:

presentadas a la CAO en relación a Minera Yanacocha, Cajamarca, Perú”, de febrero de 2006, pág. 3. También conviene tener en cuenta que se trataba del tercer asunto admitido a trámite por el CAO, y que por tanto este órgano no tenía la experiencia que tiene en la actualidad para administrar casos complejos.

83 Cfr. CAO, “Assessment of a complaint submitted to CAO in relation to the Marlin Mining Project in Guatemala”, de 7 de setiembre de 2005, pág. 27.

84 En su informe sobre la reclamación de la Mina Marlin, el CAO indicó meramente que las partes deberían “[e]stablish a framework for on-going dialogue and consultation which moves the agenda beyond the legal dispute over the popular consultation and referendum that occurred in June 2005”. Cfr. CAO, “Assessment of a complaint submitted to CAO in relation to the Marlin Mining Project in Guatemala”, de 7 de setiembre 2005, pág. 38.

85 Después de 2006, los pueblos indígenas afectados por la mina establecieron un mecanismo de solución de controversias *ad hoc*, el Comité Internacional Independiente, para realizar un estudio de impacto de derechos humanos sobre las operaciones de minería de oro en la mina de Marlin en San Marcos (Guatemala), a iniciativa del arzobispo de la localidad de San Marcos. Información sobre este comité en: <<http://law.nd.edu/features/featured-stories/nd-law-faculty-staff-conduct-human-rights-assessment-in-guatemala>>, disponible a enero de 2010.

El Gobierno de Colombia ha manifestado que no era necesario llevar a cabo un proceso de consulta previa conforme lo estipulado en la Ley 70. El PCN [parte reclamante] considera que correspondería aplicar la Ley 70 y el Convenio 169 de la OIT a los contextos urbanos y no está de acuerdo con esta decisión. Con todo, se trata de una discusión pública que el PCN debería mantener directamente con las autoridades gubernamentales competentes, y la CAO no tiene jurisdicción en esta cuestión⁸⁶.

El CAO llegó a una conclusión similar en el informe de evaluación sobre las preocupaciones de los indígenas relativas al proyecto de oleoducto y extracción de petróleo entre Chad y Camerún⁸⁷.

iii. La protección de la cultura indígena

Los reclamantes también reivindican ante el CAO otros derechos relevantes para los pueblos indígenas, especialmente los relacionados con la cultura. Derechos de esta naturaleza son el uso de la lengua originaria y el apego a sus costumbres. El CAO se ocupó de este tipo de reclamaciones en la solución del caso de las poblaciones indígenas ubicadas en la localidad de Sipacapa, distintas a las de San Miguel, dos localidades guatemaltecas que están en la zona de operación de la mina Marlin⁸⁸. En este caso, reconoció el derecho a utilizar el idioma indígena⁸⁹.

En un asunto que tuvo como objeto la construcción de una planta hidroeléctrica en Uganda, el CAO se ocupó de las reclamaciones de pobladores indígenas cuyos antepasados se encontraban enterrados en una isla del Nilo, que se vería inundada por la presa. El CAO no pidió que el proyecto fuera modificado para evitar la inundación de la isla; sin embargo, buscó vías para desenterrar los restos y trasladar las fosas a

⁸⁶ Cfr. CAO, “Informe de Evaluación del *Ombudsman*. Reclamación relacionada a TCBuen S.A., Buenaventura-Colombia”, de agosto de 2010, pág. 12.

⁸⁷ CAO, “Ombudsman Assessment Report, regarding concerns from community members about the Chad-Cameroon Petroleum Development and Pipeline project (#11124) in Cameroon”, de enero de 2012, párr. 3.2.2., pág. 13.

⁸⁸ Cfr. CAO, “Assessment of a complaint submitted to CAO in relation to the Marlin Mining Project in Guatemala”, de 7 de setiembre de 2005, pág. 26.

⁸⁹ *Ibidem*.

lugares que podían usarse como cementerios⁹⁰. Este enfoque, orientado hacia la realización del proyecto de la presa hidroeléctrica de modo compatible con la dignidad de los lugares de entierro de los indígenas, fue distinto al empleado en otro caso muy similar, resuelto por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que involucraba a un grupo de indígenas tahitianos cuyo cementerio se veía afectado por la construcción de un complejo hotelero⁹¹. En su dictamen, el Comité de Derechos Humanos exigió la paralización del proyecto, lo que demuestra que existen diferentes estándares entre los mecanismos internacionales. A fin de ofrecer una mayor seguridad jurídica tanto a los Estados como a las comunidades afectadas, sería conveniente que se homogeneizaran los criterios⁹².

⁹⁰ Un problema particularmente difícil para el CAO fue concordar con los descendientes afectados un método para llevarse de la isla también a los “espíritus” de los muertos. Cfr. CAO, “Assessment Report. Complaint filed to the CAO regarding the Uganda Bujagali Hydropower Project”, de setiembre de 2001, en particular, págs. 5 y 6.

⁹¹ En concreto, este caso ante el CAO recuerda al asunto Hopu, en el que el Comité de Derechos Humanos respaldó las pretensiones de un grupo de indígenas tahitianos de ver respetado un cementerio muy antiguo de sus antepasados. El complejo hotelero que debía ser construido en el lugar del cementerio tuvo que trasladarse a otro lugar. Ver, asunto Hopu and Bessert v. France, Comunicación No. 549/1993, Dictamen sobre el fondo del 29.12.1997, UN Doc. CCPR/C/51/D/549/1993, en particular, párr. 10.3.

⁹² Se ha presentado recientemente una nueva reclamación ante el CAO, que igualmente afirma que la creación de una empresa minera en el territorio tradicional de los pueblos indígenas tiene un impacto en sus lugares sagrados. Ver el asunto “Philippines/Mindoro Resources-01/Jabonga”, presentado el 16 de setiembre de 2011 (información disponible en: <<http://www.cao-ombudsman.org>>). El caso se refiere a un proyecto liderado por la empresa canadiense Mindoro Resources Ltd. (MRL). Esta empresa minera está planificando la instalación de una mina de níquel, cobre y oro en las Filipinas, y para ello tiene la participación del 75% en el depósito de níquel laterita Agata en la isla norte de Mindanao en las Filipinas. La CFI apoya a la compañía en la perforación para localizar los recursos, estudios de viabilidad y otros, y las actividades de exploración en caso de extraerse níquel, cobre y oro, con una inversión en acciones de aprox. 9,5 millones de dólares. En setiembre de 2011, dos pueblos indígenas, contando con el consentimiento de sus líderes tradicionales y el apoyo de ONG locales e internacionales, interpusieron una reclamación ante el CAO. Las dos comunidades pertenecen al grupo étnico y lingüístico de *mamanwas* y viven en el área de Jabonga. Los reclamantes están preocupados porque la compañía minera realiza las perforaciones en su territorio tradicional y ancestral, lo que podría conllevar la destrucción de recursos naturales de los que

c. La protección de los derechos sociales y económicos de las personas afectadas por grandes proyectos de inversión

i. Propiedad

Determinados proyectos apoyados por la CFI o la MIGA, como presas hidroeléctricas o explotaciones mineras, pueden perjudicar el derecho a la propiedad de las personas que habitan en los territorios afectados por los proyectos. El CAO ha respondido a las reclamaciones de personas que piden la protección de este derecho sobre sus tierras. Dado que bajo ciertas circunstancias los Estados están facultados a expropiar terrenos, el CAO se suele centrar en supervisar la aplicación de las reglas sobre el reasentamiento de poblaciones. Dichas reglas pretenden garantizar que todo propietario de tierras y viviendas que tenga que abandonarlas para la ejecución de un proyecto cuente con una vivienda y territorio alternativo, de similares características.

La interpretación que ha hecho el CAO sobre las reglas relativas al reasentamiento puede resumirse en una serie de requisitos de necesario cumplimiento para su validez. En primer lugar, esta instancia sólo se ocupa de los reasentamientos ocasionados por proyectos apoyados por la CFI y o la MIGA. No forman parte de su competencia los casos en que los Estados deciden desplazar a la población de un lugar por razones distintas, como por ejemplo, para protegerla de posibles impactos medioambientales⁹³. Por tanto, el CAO tiene que establecer el vínculo de causalidad entre el reasentamiento de la población y la implantación del proyecto apoyado por la CFI o la MIGA⁹⁴.

ellos dependen, tales como los bosques, la tierra y las aguas, así como lugares de interés cultural que son sagrados. Los reclamantes también sostienen que la empresa MRL no proporcionó suficiente información ni facilitó la participación de las comunidades en una consulta adecuada para operar en la zona. La evaluación del CAO está en curso.

⁹³ En estos casos, la responsabilidad recae sobre los Estados y no hay falta de debida diligencia por parte de la CFI o la MIGA, según afirmó el CAO en el marco del proyecto de Karachaganak, “Case of Green Salvation/Residents in the Village of Berezovka II”, CAO Appraisal for Audit of IFC, CAO Compliance, O-I-R7-Y06-F086, de 15 de enero de 2008, pág. 8.

⁹⁴ El CAO se ocupó de la prueba de la relación entre el reasentamiento y la realización de un proyecto en el asunto del pueblo indígena de los san en

En segundo lugar, la aplicación de las normas sobre reasentamiento de poblaciones plantea dificultades prácticas, porque en muchos proyectos la empresa privada beneficiaria del apoyo financiero de la CFI o la MIGA no es quien realiza ese reasentamiento. En ocasiones son las administraciones públicas quienes lo llevan a cabo, aunque no formen parte de la relación jurídica de financiación entre la empresa y la CFI o la MIGA. En otros casos, los contratos de concesión fueron negociados y adoptados entre la empresa y el gobierno del Estado de inversión antes de que la CFI o la MIGA estuviera involucrada en la financiación del proyecto, con lo que el reasentamiento se sitúa al margen del régimen jurídico vigente en virtud del contrato de concesión entre la empresa y el Estado⁹⁵.

En tercer lugar, existe el problema de la excesiva duración de la mayoría de los procesos de reasentamiento. Ésta puede obstaculizar la eficacia de la labor del CAO, sobre todo cuando en el transcurso del proceso, la CFI o la MIGA se retiran del proyecto. Esta situación se produjo en el proyecto de las minas de cobre de Konkola en Zambia. Aunque la CFI había exigido un plan de reasentamiento de población, cuando se retiró de la empresa Konkola Copper Mines, no continuó su supervisión de la ejecución de ese plan. El CAO aprovechó la oportunidad que le dio el caso para señalar que la CFI tiene la obligación

Botswana. Este pueblo vivía en una reserva natural llamada Central Kalahari Game Reserve, hasta que en 2001 fue forzosamente reasentado y establecido en zonas residenciales fuera de la reserva, donde recibían una serie de servicios sociales. Poco después, el gobierno de Botswana autorizó concesiones a distintas compañías mineras de diamantes, entre las que se encontraba Kalahari Diamonds Ltd., que contaba con apoyo financiero de la CFI. Esta empresa ocupó el territorio previamente habitado por la comunidad indígena de los san e inició la búsqueda de diamantes. Los san, en consecuencia, alegaron que el gobierno los había reasentado porque preveía el uso de la tierra de la reserva para la búsqueda de diamantes. El CAO, no obstante, no observó ninguna relación directa de causalidad que pudiera justificar exigir a la CFI una mayor diligencia en la administración de su crédito a Kalahari Diamonds Ltd. Aún así, recomendó a las partes, y al gobierno de Botswana, una mayor transparencia en todas las actividades que se realizasen en el marco del proyecto. CAO, "Assessment Report. Complaint Regarding IFC's investment in Kalahari Diamonds Ltd, Botswana", de junio de 2005, págs. 10-11.

⁹⁵ El CAO advirtió sobre estos problemas en el documento "Review of IFC's Safeguard Policies", Draft for Comment, de 25 de setiembre de 2002, pág. 31.

de seguir supervisando la aplicación correcta del plan de reasentamiento aún después de su salida, y de poner a disposición al menos los medios necesarios para facilitar o dar asistencia técnica a la empresa para que tenga el conocimiento necesario que permita ejecutar correctamente el reasentamiento⁹⁶.

A pesar de su aparente perspectiva colectiva, el CAO parece interpretar el reasentamiento como un derecho individual, que una sola persona puede reclamar. Es así como se ocupó del caso de un indígena penuenche al que Pangue había indemnizado en el contexto del reasentamiento necesario para la construcción de la presa del mismo nombre en el sur de Chile; posteriormente, el indígena se quejó de la mala situación personal resultante de su cambio de domicilio, y había recibido promesas del vicepresidente ejecutivo de la CFI indicando que sería compensado complementariamente por la pérdida de su casa y de su tierra de pastoreo. Después de años de espera, seguía sin compensación, por lo cual acudió al CAO. Éste admitió el caso y negoció un arreglo con la CFI y la empresa Endesa, S.A., a favor del reclamante⁹⁷.

ii. Trabajo

Los derechos laborales enumerados en las ND de la CFI y la MIGA contienen numerosas referencias a los tratados internacionales en materia laboral, por lo que el CAO puede actuar como órgano de control sobre la aplicación de dichos tratados⁹⁸. No obstante, las primeras

⁹⁶ Cfr. CAO, "Assessment Report: Complaint filed to the CAO regarding the Zambia Konkola Copper Mine (KCM) Project", de noviembre de 2003, pág. 17.

⁹⁷ Cfr. el asunto "Chile/Empresa Eléctrica Pangue S.A.-01/Upper Bio-Bio Watershed", reclamación de 1 de agosto de 2000, con acuerdo entre las partes de junio de 2001. El procedimiento concluyó en 2005, al relazarse los pagos correspondientes. Ver: <<http://www.cao-ombudsman.org>>.

⁹⁸ En cuanto a las normas aplicables a la CFI, resalta la Norma 2 (Trabajo y codiciones de trabajo), en cuya introducción se menciona que "the requirements set out in this Performance Standard have been in part guided by a number of international conventions negotiated through the International Labour Organization (ILO) and the United Nations (UN)". Esta norma incorpora las siguientes convenciones internacionales (OIT): Convenio 87 sobre la libertad de asociación y protección del derecho a organizarse; Convenio 98 sobre el derecho a organizarse y de negociación colectiva; Convenio 29 sobre trabajo forzoso; Convenio 105 sobre la abolición del trabajo forzoso; Convenio 138 sobre la edad mínima para trabajar; Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo

reclamaciones sobre la materia son muy recientes. La Confederación de Sindicatos Turcos Türk-İş, es responsable de dos de estas reclamaciones. La primera se dirige contra la empresa de componentes sellantes para automóviles, Standard Profil; la segunda contra el productor de láminas de aluminio Assan Aluminyum. Una tercera reclamación fue presentada contra la empresa azucarera nicaragüense NSEL por un brote de enfermedades del riñón entre sus trabajadores, y recientemente fue presentada una reclamación contra un instituto de enseñanza del idioma inglés en México.

En el asunto relacionado con Standard Profil, así como en el asunto contra NSEL⁹⁹, el CAO analizó la normativa aplicable. En el caso contra Standard Profil, la instancia empleó exclusivamente las normas propias de la CFI para determinar los estándares laborales que la empresa estaba obligada a cumplir¹⁰⁰. En primer lugar, el CAO indicó que la empresa debe promover el conocimiento de las ND y otras normas aplicables a las personas trabajadoras¹⁰¹. Además, exigió que estas personas fueran capacitadas con el fin de garantizar la correcta aplicación de la normas. El CAO también pidió a Standard Profil que realizara una auditoría independiente sobre la aplicación de las normas¹⁰².

El caso de la empresa Assan Aluminyum fue presentado en momentos en que la CFI aún no había terminado su propio análisis de debida diligencia para decidir si financiaría el proyecto. El CAO se comunicó con la CFI para pedirle que prestara especial atención a los aspectos del proyecto que tuvieran consecuencias para el derecho laboral, por lo

infantil; Convenio 100 sobre remuneración igualitaria; Convenio 111 sobre discriminación en el empleo y trabajo, así como el art. 32.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (sobre prohibición de trabajo infantil).

⁹⁹ Ver *infra*, en el apartado iii (salud).

¹⁰⁰ Cfr. CAO, “Stakeholder Assessment Regarding Labor Rights Concerns at Standard Profil, Turkey”, de 2 de febrero de 2009, pág. 5, párr. 5 (Recommended Actions).

¹⁰¹ *Ibidem*, págs. 5-6, y CAO, “Stakeholder Assessment Report Regarding Community and Civil Society concerns in relation to activities of the Nicaraguan Sugar Estates Limited (NSEL), Nicaragua”, de diciembre de 2008, pág. 12.

¹⁰² Cfr. CAO, “Stakeholder Assessment Regarding Labor Rights Concerns at Standard Profil, Turkey”, de 2 de febrero de 2009, págs. 5-6.

que la CFI exigió a la empresa que protegiera la libertad de asociación, adoptara políticas de igualdad de oportunidades y no discriminación, confirmara la aplicabilidad de los estándares laborales más importantes, y capacitara sobre los derechos y obligaciones de las y los empleados¹⁰³.

En enero de 2012, el CAO admitió una queja contra Harmon Hall y, mediante su función de *ombudsman*, inició una evaluación para explorar las opciones para una solución colaborativa de las cuestiones planteadas por las partes. Harmon Hall es una gran cadena de escuelas de idiomas en México¹⁰⁴. La CFI facilitó a Harmon Hall financiamiento por 7,9 millones de dólares. En diciembre de 2011, el CAO recibió la reclamación sobre las preocupaciones relativas a derechos laborales, salud, compensación y el tratamiento equitativo de las y los trabajadores de Harmon Hall. En concreto, las personas reclamantes sostienen que las malas condiciones laborales, los salarios insuficientes y las extensas horas de trabajo son contrarias a las normas legales mexicanas y la legislación laboral. Los reclamantes solicitaron confidencialidad. El caso continúa pendiente¹⁰⁵.

iii. Salud

La salud de las personas está íntimamente relacionada con la preservación del medio ambiente; por esta razón, en casi toda reclamación que se hace ante el CAO, y que versa sobre la protección del medio ambiente, están presentes indirectamente elementos del derecho a la salud¹⁰⁶. A esto se añade que se han dado algunos casos específicamente orientados hacia la salud de las personas afectadas por un proyecto. A

¹⁰³ Cfr. CAO, “Assan Aluminyum Project-Complaint Conclusion Report”, de agosto de 2010.

¹⁰⁴ Descripción de este caso disponible en: <http://www.cao-ombudsman.org/cases/case_detail.aspx?id=183>, a mayo de 2012.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ Así, entre otros, el asunto sobre las papeleras en Uruguay trató del derecho a la salud, aunque lo hizo en el contexto de sus consideraciones sobre el medio ambiente. Entre otras cosas, el CAO logró que la CFI presionara para lograr la reducción de la dioxina en el proceso de blanqueamiento de la masa papeleras. Ver, sobre la evaluación de los resultados de la acción del CAO en este caso, Granger, C. L., “The Role of International Tribunals in Natural Resource Disputes in Latin America”, *Ecology L. Q.*, vol. 34, 2007, págs. 1297-1347, en particular, pág. 1340.

continuación vamos a ocuparnos de los dos casos más relacionados con el derecho a la salud.

En el proyecto de Lukoil Overseas en Kazajstán, el CAO realizó un informe de evaluación en el que señaló una serie de obligaciones de la empresa y del gobierno de Kazajstán sobre la publicación de los resultados de los estudios medioambientales, para garantizar que la población de Berezovka tuviera pleno conocimiento de las razones del empeoramiento de su situación sanitaria. Según la población afectada, la falta de información hacía que la empresa Karachaganak Petroleum Operation b.v. perjudicara impunemente la salud de la población por llamear el exceso de gas en la perforación petrolífera. El llameo es un proceso habitual en todas las perforaciones y debe llevarse a cabo bajo estricto control medioambiental. La publicación de los informes hubiera permitido saber que la mala situación sanitaria de la población no era atribuible a la empresa, y por tanto tampoco a la CFI, que había financiado dicho proyecto¹⁰⁷. El empeoramiento se debía, en realidad, a la reducción generalizada del nivel de vida de la población en Kazajstán en aquel período de tiempo. El CAO señaló que era conveniente emplear revisores independientes con la calidad de expertos, que tuvieran la posibilidad de participar en los estudios ambientales. Esto podría reducir drásticamente el riesgo de que los estudios fueran parciales¹⁰⁸.

Otro caso se refiere a un préstamo de 55 millones de dólares de la CFI, aprobado en octubre de 2006, a favor de la compañía Nicaragua Sugar Estates Limited (NSEL) para aumentar e intensificar el cultivo y procesamiento de la caña de azúcar. NSEL está establecida en los Departamentos de León y Chinandega de Nicaragua. El proyecto incluyó la construcción de una planta para producir y exportar etanol; el préstamo de la CFI se estructuraba en una aportación de 25 millones de dólares desembolsados como préstamo de categoría A, y otro préstamo sindicado de categoría B para un máximo de 30 millones de dólares.

¹⁰⁷ Cfr. CAO, "Assessment Report. Complaint Regarding the Lukoil Overseas Project (Karachaganak Oil and Gas Field). Burlinsky District, Western Kazakhstan Oblast, Kazakhstan", de 15 de abril de 2005, pág. 10 (recom. 3).

¹⁰⁸ *Ibidem*, pág. 10 (recom. 2).

Entre los más de mil empleados de NSEL se había extendido una grave enfermedad al riñón, llamada insuficiencia renal crónica, que en la mayoría de los casos causa una muerte muy dolorosa. En su informe de evaluación, el CAO exigió que la empresa apoyara la investigación de las causas de la enfermedad, y que asistiera a las personas enfermas y a las viudas¹⁰⁹. Este caso fue una oportunidad para medir la eficacia de la intervención del CAO en la manera en que se ofrecen los servicios sanitarios, puesto que un consultor independiente realizó un estudio sobre las opciones disponibles para el cuidado a corto y largo plazo de las personas con insuficiencia renal crónica. Dicho consultor explicó en su informe, con cierta sorpresa, que “después de la visita del Banco Mundial la clínica había mejorado”¹¹⁰. Se refería a una visita del CAO al centro de salud de Chichigalpa.

Con el fin de solucionar la reclamación, a lo largo del año 2009 el CAO ha contribuido a la puesta en funcionamiento de una mesa de diálogo para la discusión de asuntos relacionados con la insuficiencia renal crónica. Además, se realizó un estudio sobre las necesidades a corto y largo plazo para mejorar la sanidad y el apoyo a personas afectadas por la enfermedad y a sus familiares. A partir de allí, se alcanzó un acuerdo para prestar ayuda a las familias afectadas, que incluye ayuda alimentaria durante dos años y asistencia para los servicios sanitarios. Finalmente, se decidió que la Escuela de Salud Pública de la Universidad de Boston realizara un estudio epidemiológico independiente sobre la enfermedad en Nicaragua¹¹¹. Este estudio se realizó en dos fases, arrojando los primeros resultados en 2010; en esa ocasión señaló que no se pueden encontrar correlaciones entre los químicos utilizados en las plantaciones de azúcar y el brote de la enfermedad renal. Este resultado

¹⁰⁹ Cfr. CAO, “Stakeholder Assessment Report Regarding Community and Civil Society concerns in relation to activities of the Nicaragua Sugar Estates Limited (NSEL), Nicaragua”, de diciembre de 2008, págs. 10-11.

¹¹⁰ Cfr. el informe “Needs Assessment: Options to improve immediate and long-term care for people suffering from Chronic Renal Insufficiency. Independent Consultant report to the Office of the Compliance Advisor/Ombudsman of the International Finance Corporation and the Multilateral Investment Guarantee Agency”, Departamento de Chinandega, Nicaragua, de octubre de 2009, pág. 19.

¹¹¹ Cfr. CAO, “Progress Report. NSEL-Nicaragua”, de 15 de mayo de 2009, pág. 1.

negativo fue confirmado también al término de la segunda fase de la investigación, en que no se pudo demostrar la responsabilidad de la empresa por el brote de la enfermedad¹¹². Además, existen indicios que apuntan a que esta enfermedad es un problema también en otras regiones de Nicaragua y en otros Estados de América Central¹¹³.

Conclusiones

Aunque los tratados constitutivos de la CFI y la MIGA no prevean su competencia en cuanto a cuestiones que no sean consideraciones económicas al emitir préstamos o al garantizar inversiones extranjeras, en la práctica estas instituciones financieras las han ido asumiendo a partir de los años noventa. Esto se ha producido de acuerdo con la teoría de las competencias implícitas de las organizaciones internacionales y ha sido factible gracias a una interpretación más amplia del concepto de desarrollo económico, que incorporó los derechos humanos y la protección del medio ambiente. La creación del CAO, en 1998, de modo similar a lo que ocurrió con el BIRF cuando se creó el Panel de Inspección, puede considerarse un hito fundamental en la consolidación de un régimen autónomo de aplicación de los derechos humanos y de protección medioambiental en el Banco Mundial. Como en tantas otras materias reguladas por el Derecho Internacional, la existencia de una norma presupone algún procedimiento a través del cual esta norma se manifieste y un mecanismo que pueda aplicarla, por poco institucionalizado que éste sea. Así, se entiende que se haya creado el CAO para aplicar las normas de la CFI y la MIGA. No obstante, al tiempo que se resuelve en alguna medida el problema de la aplicación de las reglas propias de las instituciones financieras, se ha abierto una nueva brecha debida a la sectorialización del Derecho Internacional, al crearse un nuevo marco normativo que entra en relación y competencia con otros similares. La tensión resultante se percibe tanto en las normas

¹¹² Cfr. McClean, M. et al., “Informe de muestreo biológico: marcadores biológicos de daño renal e insuficiencia renal crónica en trabajadores del Occidente de Nicaragua”, Escuela de Salud Pública de la Universidad de Boston, Boston, Ma., 26 de abril de 2012, en particular, págs. 50-54.

¹¹³ Cfr. CAO, “Construyendo las bases para la confianza y sanación: NSEL, ASOCHIVIDA y la salud comunitaria”, abril de 2011, pág. 2.

procesales del CAO como en el contenido dado a varias disposiciones de las ND.

Desde 2006 y 2007, respectivamente, la CFI y la MIGA aplican normas de desempeño homogéneas para regular las obligaciones de las empresas clientes, así como las obligaciones de debida diligencia que ambas instituciones financieras deben ejercer en la supervisión de las empresas clientes cuando les conceden préstamos o garantías de inversión. Nos encontramos en un campo normativo en el que confluyen obligaciones internacionales de empresas (privadas) con obligaciones internacionales complementarias de las organizaciones internacionales (CFI y MIGA). En esta ecuación, las obligaciones de las instituciones financieras se articulan en torno a la debida diligencia en la supervisión de los proyectos apoyados por estas organizaciones. Estas obligaciones se rigen por el Derecho Internacional Público.

Como hemos señalado, las reclamaciones jurídicas que supervisa el CAO se dan esencialmente entre las empresas clientes y las instituciones financieras. No obstante, se observa que el CAO se refiere a veces a las obligaciones de los Estados donde se desarrollan los proyectos. Así se ha constatado en la consulta previa a los pueblos indígenas cuando un proyecto afecta su hábitat tradicional y en los reasentamientos por la construcción de un gran proyecto de infraestructura. No obstante, el CAO aún no se ha planteado un tratamiento sistemático del papel de los Estados en las relaciones entre empresa e institución financiera.

El CAO ha desarrollado un procedimiento relativamente sofisticado para conocer las reclamaciones individuales, que tramita a través de su función de *ombudsman*. El estudio de su tratamiento a estas reclamaciones arroja una imagen que se asemeja a otros mecanismos de control internacional. Se observa así el uso de la regla del previo agotamiento de los recursos internos, aunque no de forma sistemática. El CAO pondera críticamente si merece la pena intervenir en situaciones en las que todavía están en trámite procedimientos internos, judiciales y no judiciales, que tengan expectativas de solucionar efectivamente la reclamación.

También se han consolidado algunas particularidades en el procedimiento. Por ejemplo, el CAO sólo admite una reclamación contra una

empresa por la misma violación a las ND, aunque hayan múltiples víctimas por esta violación. Esto se explica porque el CAO no se considera un mecanismo de resarcimiento o indemnización, sino que entiende que su función es garantizar la eficacia de los proyectos apoyados por la CFI y la MIGA, en beneficio de las personas afectadas por ellos. Por tanto, es un mecanismo internacional de control y aplicación de normas que carece de funciones judiciales, pero que goza de un elevado grado de institucionalización, y que consolida la vigencia de un régimen autónomo de reglas sociales y medioambientales vinculantes para la CFI y la MIGA, en el ámbito del Derecho Internacional Económico.

Específicamente en lo que toca a los pueblos indígenas, se observa cómo la labor normativa de la CFI y la MIGA ha intensificado la discusión sobre si los pueblos indígenas deben dar su consentimiento a un proyecto establecido sobre su territorio, o basta con que sean consultados. Tanto la redacción de las ND como la práctica del CAO se inclinan por la consulta, mientras que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas de 2007, exige el consentimiento. Sin entrar en el debate de si dicha Declaración cristaliza el Derecho Internacional Consuetudinario en la materia, ello supone un buen ejemplo del riesgo de fragmentación que se corre en este ámbito.

Finalmente, el presente estudio invita a reflexionar sobre la eficacia del CAO, que es medible sobre todo en la tramitación de las reclamaciones individuales. En general, se puede apreciar que esta instancia ha contribuido de manera significativa a la protección de derechos humanos en los proyectos en los que las partes (sobre todo los reclamantes) están abiertas a la negociación con la empresa inversora. Cuando el CAO ha aplicado su función de *ombudsman*, se han podido observar algunas mejoras. Parece que sólo en algunos casos, no ha logrado resultados satisfactorios. En casos como la mina de Yanacocha en Perú, las papeleras en Uruguay y la mina Marlin en Guatemala, los conflictos fueron muy complejos y multidimensionales, y una oficina relativamente pequeña, como es el CAO, no logró avanzar en su solución. La mejora de la eficacia del CAO en situaciones complejas pasaría por un sustancial refuerzo de su presupuesto anual, con cargo a los Estados miembros

del Banco Mundial. En todo caso, aún a pesar de sus limitaciones, el CAO constituye un elemento de presión relevante, que en conjunto con otros mecanismos internacionales (e incluso nacionales) de control y aplicación de normas, puede contribuir a una mayor flexibilización de las posturas de las partes para lograr alguna clase de acomodo o transacción.