Panel VI:

**Lessons learned and challenges to access to remedy**

**(selected cases from different sectors and regions)**

28 de octubre de 2016

Centro de Estudios para la Justicia Social TIERRA DIGNA

[Miembro de la Campaña *Desmantelar el Poder Corporativo y Detener la Impunidad*]

Buenos días.

Gracias a la señora Embajadora de la República del Ecuador y a todo su equipo por ofrecernos la oportunidad de estar hoy interviniendo en este panel.

Antes de nada, me gustaría reconocer y aplaudir todos los esfuerzos que usted, junto con su equipo, ha hecho y está haciendo para llevar adelante esta iniciativa de construir un instrumento internacional jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas trasnacionales y otro tipo de empresas.

Somos conscientes que no debe ser una tarea fácil poner de acuerdo en este cometido a tan diversa gama de actores implicados. Éste no es un asunto cómodo para nadie: ni para las empresas, ni para los Estados y mucho menos para las víctimas, que al fin y al cabo son las depositarias de toda la injusticia y sufrimiento que se genera con las violaciones a los DDHH por parte de los actores empresariales en sus territorios.

Para entrar ya al tema que hoy nos ocupa sobre las *lecciones aprendidas y desafíos frente a los mecanismos de remedio*, se me hace indispensable hablar antes de los obstáculos en el acceso a la justicia que hemos podido identificar en nuestro trabajo en los territorios y en el acompañamiento de comunidades afectadas por proyectos de extracción de recursos naturales a gran escala.

Así, en este marco, en el de los proyectos de extracción de recursos naturales, en primer lugar es importante señalar que los impactos y daños pueden presentarse en todas y cada una de las fases del mismo: desde su diseño, concepción y concesión, pasando por las fases exploratorias, de instalación y, por supuesto, de operación y cierre; y que en cada una de esas fases registramos problemas que sin duda obstaculizan un acceso efectivo a la justicia.

1. En las etapas primigenias, de diseño de estos proyectos y la concesión de derechos para la explotación, los principales obstáculos con los que nos enfrentamos tienen que ver con (i) la falta de transparencia por parte de las entidades y las compañías que tienen intereses en los territorios, (ii) falta de acceso a la información y (iii) la falta de espacios de participación cualificada y efectiva (no sólo formal) de la población en las decisiones que tienen que ver con el destino de sus territorios.

La no satisfacción de estos vacíos en el acceso básico a las informaciones que se relacionan con el proyecto, además de plantear un problema en cualquier Estado de Derecho, minan el carácter preventivo y veedor de la participación ciudadana frente a este tipo de proyectos, anulando absolutamente la posibilidad de cualificación y expresión del punto de vista de los potenciales afectados y afectadas.

1. En la etapa de construcción y explotación de estos proyectos, opera el mecanismo de licenciamiento ambiental. Sí, son mecanismos que se establecen al interior del ordenamiento de cada uno de los Estados, pero es importante mencionarlo porque, en la práctica, vendrían a constituir los principales mecanismos de prevención con que se cuenta ante este tipo de proyectos, para medir y evaluar los posibles impactos de su instalación y de su operación, así como para tomar medidas con el fin de evitar daños y mitigar impactos (muy en la lógica de lo que reza la Debida Diligencia).

Éstos son procesos administrativos que presentan muchas debilidades, pues no más por poner un ejemplo, los estudios de impacto ambiental son realizados por las mismas empresas, interesadas en la instalación del proyecto (y, no olvidemos, interesadas también en minimizar costos). Esto despoja de cualquier imparcialidad al análisis de las posibles afectaciones, y de ahí, que la evaluación de las medidas a tomar para mitigar impactos y evitar daños sea desajustada e insuficiente.

Estos son además procesos administrativos en los que las comunidades potencialmente afectadas no cuentan con un **debido proceso ambiental**, puesto que no hay una verdadera posibilidad para la controversia procesal a lo largo del proceso de concesión de licencia y a lo largo del seguimiento de la misma.

A ello, se añade además una gran falencia en los mecanismos de control, monitoreo, seguimiento y sanción a ejercer por los entes encargados, a menudo limitados también por otro tipo de compromisos de los Gobiernos de carácter comercial o de protección de inversiones, que hacen que el poder coercitivo y sancionatorio del Estado no sea ejercido con la contundencia necesaria.

1. Una vez la empresa está operando, la extracción a gran escala de recursos naturales lleva asociados grandes impactos en diferentes dimensiones (nivel ambiental, social, económico, cultural y en salud). Es más, este tipo de proyectos no sólo conllevan impactos mitigables, sino que también generan daños irreversibles.

Es común en los casos que hemos trabajado ver cómo las empresas, poniendo como línea base estudios de impacto realizados por ella mismas, se niegan a reconocer los daños generados y la amplitud de sus afectaciones.

Es lógico: su principal objetivo es la maximización de beneficios y la prevención de daños, y la remediación, siempre, hace aumentar los costos de operación.

Este es un gran problema pues el conveniente desconocimiento de la magnitud de los impactos y daños ocasionados en la extracción de recursos naturales lleva a que se desvirtúe la posibilidad de proponer y exigir medidas de reparación adecuadas. Asimismo, limita la posibilidad de asignar adecuadamente las responsabilidades frente a la generación de dichos daños y frente a su consecuente reparación, que en la mayoría de las ocasiones no queda en cabeza de las empresas; en el mejor de los casos, es decir, cuando los daños no son simplemente ignorados, esta tarea reparadora queda en cabeza de los Estados, los cuales una vez cierra el proyecto deben responder ante la devastación de los territorios y los impactos sobre la población.

1. Por la falta de tiempo, no me voy a detener en los múltiples factores que dificultan el acceso a la justicia por parte de las comunidades, en su vertiente más judicial, una vez la vulneración de derechos ya ha tenido lugar: falta de recursos económicos para enfrentar un proceso judicial, peso de la carga probatoria, el uso del velo corporativo por parte de las compañías, falta de un régimen penal específico para personas jurídicas… Creo que en esta semana y en los diferentes paneles ya se ha tratado de este tema en específico. Simplemente mencionar que la falta de acceso a estos mecanismos conlleva la imposibilidad de acceder a una posible reparación.

Estos marcos débiles de protección y garantía de derechos a lo largo de todo el proceso que implica la instalación y operación de un proyecto de carácter extractivo son, a menudo, los mecanismos que encuentran los diferentes Estados del Sur en la competencia por hacer más atractivos sus países como destino apetecido para la inversión extranjera. Ello, unido a la incansable firma de Acuerdos de Libre Comercio y de Protección de Inversiones, en el afán por avalar la llamada *seguridad jurídica para las empresas*, conduce sin duda a un innegable detrimento de lo que podríamos denominar *seguridad jurídica para las víctimas.*

Además, los mecanismos que hasta ahora se han propuesto para superar los obstáculos de acceso a la justicia mencionados antes, a través de la adopción de las múltiples opciones que ofrece el abanico de la voluntariedad (donde incluimos los Planes Nacionales de Acción en base a Principios Rectores), son los espacios multiactor o los mecanismos no judiciales para la resolución de conflictos entre empresas y comunidades afectadas.

Éstos, insistimos, son espacios que no ofrecen garantías de ningún tipo para las víctimas, pues desconocen los evidentes desequilibrios en el poder negociador de ambas partes y su capacidad de incidencia a lo largo del proceso de instalación de los proyectos de carácter extractivo.

Y en este punto, ustedes se preguntarán: ¿pero no son los Estados los que deberían encargarse al interior de sus respectivas jurisdicciones nacionales de todos estos asuntos? Si bien tienen parte de razón en esa reflexión, creemos que estos elementos en el ámbito doméstico aportan en la comprensión cabal de la problemática que se enfrenta en los directamente en territorio y creemos que son elementos que pueden aportar en el establecimiento de algunos principios bajo los que pudiera operar el Tratado o que pueden aportar en las reflexiones necesarias sobre el contenido del mismo.

1. Teniendo en cuenta algo que a todos los que estamos en esta sala seguro nos ha dicho en alguna ocasión nuestra mamá, “más vale prevenir que curar”, lo cual aplicado al contexto que nos concierne hoy nos lleva a la reflexión de que “más vale prevenir que remediar”. Por ello creemos que hay que hacer un espacial hincapié en este proceso hacia un Tratado de carácter vinculante, en la necesidad de prevenir los abusos y vulneraciones de derechos por parte de actores empresariales (lo cual desafortunadamente a menudo no se logra de forma tan efectiva con medidas positivas como con medidas coercitivas o sancionatorias, que disuadan a los actores empresariales de tener actuaciones que puedan conducir a vulnerar derechos).

En fin, necesitamos impactos mitigados, daños reparados, pero mucho mejor si los evitamos y si prevenimos la ocurrencia de violaciones de los derechos humanos.

1. Entendiendo que, como mencionaba antes, los proyectos de extracción de recursos naturales a gran escala no generan impactos mitigables, sino que en la mayoría de casos generan daños irreparables o irreversibles, es necesario insistir en considerar quién carga finalmente con la huella de dicha actividad (huella que también tiene muchas dimensiones). Por insistir no más en la dimensión ambiental, creemos que sería importante incorporar nociones como la de *justicia ambiental* a la discusión, pues es insostenible que la carga de las consecuencias ambientales negativas de este tipo de proyectos quede siempre sobre los países donde éstos operan. En una propuesta por la internalización de los pasivos ambientales y de los costos por parte de los inversores, y por parte de sus países de origen como grandes promotores de dichas inversiones o como consumidores de los recursos naturales extraídos, se debería hablar de la *corresponsabilidad* para tender a alcanzar una noción real de justicia al interior de dicho Tratado y poder pensar en medidas efectivas, adecuadas y bien dimensionadas para una reparación a cargo de los responsables de los daños.
2. Teniendo en cuenta la multidimensionalidad de las afectaciones de los proyectos extractivos a gran escala, y hablando, por fin, de la dimensión misma de la remediación o reparación, la cual, sin duda, debe ser célere, efectiva y proporcional a los impactos y al daño ocasionado, consideramos necesario hablar en términos de *reparación integral* para las afectadas y afectados.

La reparación para ser integral, debe contener:

1. medidas de restitución, de forma a devolver a la víctima a la situación en que se hallaba antes de la vulneración;
2. indemnización, que sería el pago en compensación de los daños ocasionados;
3. medidas de rehabilitación o readaptación, que son la atención médica, psicológica o los servicios sociales que se puedan requerir para atender los efectos de los impactos;
4. medidas de satisfacción de derechos, para el restablecimiento de la dignidad de las víctimas;
5. garantías de no repetición.

Estos serían algunos de los elementos que queríamos aportar a la discusión, como dije, para alimentar la reflexión y ojalá contribuir a enfocar debidamente el trabajo en lo que se refiere al desarrollo del contenido del instrumento de carácter vinculante para la regulación de empresas.

Para terminar, no quería irme sin hacer una apreciación necesaria, y es que este proceso del Tratado Vinculante, es una oportunidad que tienen todos los actores implicados, pero en especial los Estados, pues, por un lado, no deja de ser una oportunidad para revisar los actuales (des)equilibrios de poderes, auspiciados por toda la arquitectura de tratados comerciales y de protección de inversiones, y, por otro, para retomar el control sobre el ejercicio legítimo de sus funciones en la tarea de proteger los derechos humanos de los afectados por la operación de los actores empresariales.