ENSAYOS

LOS BANCOS Y LOS DERECHOS HUMANOS: UN EXPERIMENTO SUDAFRICANO

Bonita Meyersfeld & David Kinley

• *Cómo facilitar el diálogo entre los bancos y los derechos humanos beneficia a todos* •

RESUMEN

Los actores de derechos humanos han dirigido cada vez más su atención al papel de las corporaciones multinacionales (CMN) y su capacidad de promover o impedir el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales. Este debate requiere un análisis de todos los agentes relevantes, incluyendo a los que financian las operaciones de las CMN. Los bancos pueden tener una influencia significativa en las operaciones de las CMN y su papel necesita ser examinado más a fondo tanto en la teoría como en las políticas y las prácticas. Este artículo recoge y analiza algunas de las iniciativas políticas emprendidas en Sudáfrica con el objetivo de crear normas para los bancos que operan en la región. Expertos y profesionales de África se han reunido para determinar las realidades que enfrentan los bancos en los mayores proyectos de desarrollo de la región. Esto dio lugar a la Propuesta de Principios de Johannesburgo de 2011, que aún no ha sido adoptada por la industria, que trata sobre la protección del conjunto de los derechos humanos por parte de los bancos.

PALABRAS CLAVE

Derechos humanos | Corporaciones multinacionales | Bancos | Principios de Johannesburgo | Empresas y derechos humanos

1 • Introducción

El derecho internacional y la regulación de corporaciones multinacionales es un área jurídica en rápido desarrollo y muy controvertida. En gran medida, hay consenso sobre la necesidad de algún tipo de normalización global de las actividades de corporaciones multinacionales para evitar violaciones de derechos humanos. Esto está reflejado en el Marco de la ONU (y sus respectivos Principios Rectores) sobre las Empresas y los Derechos Humanos.[1] Los Principios Rectores contemplan tres actores: las comunidades afectadas (o víctimas); las empresas de negocios; y los Estados. Su foco, así como el eje del debate global, oscila en torno a la corporación como una entidad que emprende operaciones potencialmente perjudiciales. Está apareciendo, sin embargo, una cuestión más concreta.

En este artículo proponemos que los bancos constituyen una entidad clave, y no suficientemente debatida, para lograr operaciones comerciales centradas en los derechos humanos. Los bancos proporcionan el capital con el que son financiados los proyectos de desarrollo a gran escala y ocupan un lugar central en la mayoría de las economías del mundo. Su papel, por lo tanto, requiere un análisis muy específico y detallado.

Durante el curso de 2011, la Facultad de Derecho de la Universidad de Witwatersrand (Wits) celebró dos mesas redondas sobre bancos y derechos humanos para facilitar un mayor entendimiento entre los agentes financieros y los actores de derechos humanos. Las mesas redondas sentaron las bases para la formulación del llamado borrador de los Principios de Johannesburgo (*Draft Johannesburg Principles*), en noviembre de 2011.[2] Los seminarios reunieron a representantes de tres sectores diferentes: activistas de derechos humanos; académicos y profesionales del sector bancario público y privado. Cada participante del seminario aportó un conocimiento y punto de vista único, permitiendo al grupo desarrollar un enfoque que tuviese en cuenta las dificultades a las que se enfrenta el sector bancario, asegurando al mismo tiempo que fuesen atendidas las preocupaciones de los activistas de derechos humanos. Mientras escribo este artículo, el borrador de los Principios de Johannesburgo está siendo afinado y negociado con el fin de implicar a los bancos de Sudáfrica.

El borrador de los Principios de Johannesburgo y las discusiones que le dieron forma son un punto de referencia útil para considerar el papel y las responsabilidades de los bancos en el ámbito, todavía en desarrollo, del derecho relativo a las empresas y los derechos humanos. Este artículo aborda la aparición y el desarrollo del borrador de los Principios de Johannesburgo, centrándose en sus implicaciones para el papel de los bancos en el debate sobre empresas y derechos humanos. En particular, los autores se enfocan en el impacto y papel de los bancos que operan en, o provienen de, el África subsahariana. El foco está en esta zona por dos motivos.

El primero es que la mayor parte del trabajo en derecho internacional relativo a empresas y derechos humanos es desarrollado por académicos y representantes políticos del Norte Global. Esto no quiere decir que el Sur Global esté ausente o guarde silencio

en la creación de la legislación global. Pero nuestra propuesta es que el Sur Global puede y debe aumentar su contribución al discurso del derecho internacional. Hay una amplia literatura discutiendo la hegemonía global en el derecho internacional y el modo en que los actores del Norte Global tienden a dirigir las políticas globales.[3] Esto es pertinente para los resultados de las políticas globales, que tienden a estar influenciadas por los intereses dominantes y/o por las experiencias de tales actores. Por ejemplo, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional contiene tres crímenes: genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (con el crimen de agresión aún por ser desarrollado). Es digno de atención que el crimen de verter ilegalmente residuos tóxicos, por ejemplo, no fuese incluido en el Estatuto. Hay muchas razones para que sea así y no pretendemos abordarlas aquí. Pero señalamos que el *efecto* de su omisión es que una de las formas de daño más significativas para las economías en desarrollo y una práctica que protege a las economías desarrolladas de tener que convivir con los residuos tóxicos no constituye un crimen global. Hay una correlación (no necesariamente de causalidad) entre el daño criminalizado en el Estatuto de Roma, que es un daño cometido a menudo por jefes de Estado africanos, y la omisión del daño cometido por el mundo desarrollado a través del vertido de residuos tóxicos.

Del mismo modo, hay al menos una correlación entre los principios actuales del derecho internacional (o la ausencia de ellos) regulando a los bancos y el poder económico del Norte Global, que es fortalecido en parte por el actual status quo en relación a las operaciones bancarias. Las mismas deficiencias existen con respecto a los principios existentes concernientes a la financiación de proyectos en África, tales como los Principios de Ecuador,[4] que se refieren principalmente a las mejores prácticas y al cumplimiento de las normas *medioambientales* y mencionan poco los derechos humanos; aunque las normas de derechos humanos fueron introducidas en la tercera iteración de los Principios de Ecuador en 2011.[5] Lo mismo ocurre con las Directrices de la OCDE, que son recomendaciones de los gobiernos a las empresas multinacionales operando en o desde países signatarios (los 34 países de la OCDE más 8 países que no son de la OCDE: Argentina, Brasil, Egipto, Letonia, Lituania, Marruecos, Perú y Rumania).[6] La mayoría de países signatarios son del Norte Global.

También es importante observar que el daño que proponemos abordar está ligado a la estructura de la pobreza. En un contexto de desigualdad económica global, el fenómeno del que no se habla lo suficiente en el debate sobre las empresas y los derechos humanos es la pobreza; la pobreza representa una serie de violaciones de derechos humanos. Los bancos tienen un papel, aunque limitado, en promover la actividad empresarial que tenga el potencial de aliviar la pobreza mediante la creación de riqueza y (fundamentalmente) la distribución de la misma. Lo contrario también es cierto: los bancos tienen un papel en garantizar que la actividad empresarial no profese mitigar la pobreza cuando, de hecho, esté consolidando la pobreza estructural en las áreas de operación.

El segundo motivo para este enfoque es que en el África subsahariana hay una peculiar coexistencia de riqueza y pobreza crecientes, particularmente en el caso de Sudáfrica.

Sudáfrica es receptora y perpetradora de conductas corporativas transnacionales perjudiciales. Como es el caso de la mayoría de países BRICS, este carácter bifurcado se manifiesta en una economía en desarrollo que alberga una persistente alta proporción de personas indigentes.[7] Esta anomalía no es completamente nueva pero su coexistencia con el desarrollo de principios sobre las empresas y los derechos humanos en el derecho internacional sí lo es. Estos dos motivos son la base de nuestro enfoque en el Sur Global y el África subsahariana.

El resto de este artículo está dividido en dos partes. En la parte siguiente, contextualizamos el papel de los bancos en la realidad de las lagunas de gobernanza global que agravan la pobreza en el Sur Global. En la parte final del artículo describimos las propuestas prácticas para un régimen regulador que facilitaría la capacidad de respuesta de los bancos a las violaciones de derechos humanos de las corporaciones multinacionales en las que invierten.

2 • Empresas, derechos humanos y bancos: el regulador ausente

Dado el considerable poder de los bancos, especialmente en el mundo en desarrollo, es interesante observar que se ha prestado relativamente poca atención a esta categoría de agentes económicos en los debates de derecho internacional relativos a los derechos humanos y las empresas. El debate con respecto a la industria extractiva y los derechos humanos, por ejemplo, raras veces incluye una evaluación de los bancos que proporcionan el capital para la minería. Por supuesto que hay una gran cantidad de discusión con respecto al comercio, la financiación y la inversión desde el punto de vista del desarrollo;[8] pero la intersección de un análisis fiscal y el derecho internacional de derechos humanos es una investigación relativamente nueva y no suficientemente examinada.[9]

El vínculo entre los bancos y los derechos humanos tiene una particular resonancia para las economías de los BRICS. Los Estados BRICS, como Sudáfrica, se encuentran en un momento histórico único, pues están, al mismo tiempo, haciendo crecer sus propias economías y contribuyendo al crecimiento de otros países menos desarrollados. Esto es particularmente cierto en el caso de Sudáfrica, que es una jurisdicción receptora de actividad financiera extranjera y al mismo tiempo tiene a su propio sector financiero actuando en los Estados africanos en desarrollo de su alrededor.[10] Esta dualidad de las economías emergentes representa un momento crucial, pues se podría elaborar un sistema regulador para proteger las normas de derechos humanos tanto dentro de las jurisdicciones de los Estados BRICS como en los Estados circundantes. Una regulación apropiada podría proteger a un país, tal como Sudáfrica, de prácticas de inversión perjudiciales y explotadoras por parte de la inversión extranjera; y también podría garantizar que el sector financiero en crecimiento en Sudáfrica aplicase medidas de protección similares cuando invirtiese fuera de Sudáfrica y, en particular, en la región africana en su conjunto.

Fue en respuesta a esta oportunidad que se formuló el borrador de los Principios de Johannesburgo. Las mesas redondas de la Universidad de Wits tenían tres objetivos.

El primero era reunir a entidades que raramente tratan unas con otras y, cuando lo hacen, parecen "hablar" en idiomas distintos. El concepto que quizá acerca más a las "finanzas" y a los "derechos humanos" es el de "riesgo" y su prevención y gestión. Esto podría dar lugar a un objetivo compartido, por ejemplo que una inversión prevista no resulte comprometida por la inestabilidad jurídica o social producida por violaciones de los derechos humanos. Normalmente, la delineación de estos dos ámbitos ha creado, durante décadas, posiciones inamovibles que han sido consideradas como distintas y mutuamente excluyentes. Era hora de superar esta división.

El segundo objetivo era desarrollar un marco regional pertinente para la integración de consideraciones de derechos humanos en las operaciones bancarias que tomasen en cuenta la situación peculiar en la que se encuentra Sudáfrica, a saber, la de ser uno de los mayores mercados financieros de África.

El tercer objetivo era evitar la habitual elaboración de normas de Norte a Sur. Ésta era una oportunidad para evitar una situación donde las normas son elaboradas en el Norte Global y después aplicadas en el Sur Global. Los bancos en el entorno sudafricano enfrentan algunas dificultades parecidas pero también otras distintas a las de los bancos en Europa y Estados Unidos. Por esa razón, las mesas redondas querían permitir a Sudáfrica marcar el camino en asegurar estándares apropiados para los préstamos en su propio contexto.

¿Por qué iban a venir los bancos y los defensores de derechos humanos a la misma reunión? A medida que avanzaban los seminarios, surgió un marcado foco en la financiación de proyectos (es decir, la financiación a largo plazo de infraestructuras a gran escala o proyectos industriales), apareciendo con más claridad las cuestiones de derechos humanos y las responsabilidades en las transacciones en función del rol de financiamiento de proyectos, Al preparar los seminarios, dos preguntas adquirieron particular relevancia. La primera era qué importancia tienen los bancos en la implementación de los derechos humanos y, en particular, de los derechos económicos, sociales y culturales (ESC). La segunda pregunta era por qué las consideraciones sobre los derechos ESC en particular habrían de importarles a los bancos.

La primera pregunta, es decir, por qué el financiamiento de proyectos es importante para los derechos humanos, revela el papel oscuro y a menudo oculto de los bancos. Cuando la idea de combinar la financiación de proyectos y los derechos humanos fue planteada por primera vez, muchos activistas de derechos humanos se mostraron sorprendidos. Las empresas operan generalmente en la esfera pública, con consideraciones de reputación que a menudo (aunque no siempre) afectan a sus resultados finales. Un derrame de petróleo, desalojos masivos, o una contaminación química, tienen un efecto obvio en este sentido: son fácilmente discernibles y con un nexo claro entre la conducta de la empresa y las consecuencias perjudiciales. El nexo, sin embargo, es menos claro cuando se considera la responsabilidad de los bancos que proveen capital a las corporaciones que cometen violaciones de derechos humanos. Su invisibilidad ha oscurecido preguntas cruciales que deben ser planteadas por los activistas de derechos humanos, especialmente

después de la crisis financiera. ¿Son los bancos cómplices de las acciones dañinas de las corporaciones multinacionales que financian? ¿Tienen los bancos una obligación de tomar medidas para ayudar a prevenir las violaciones de derechos humanos por parte de las corporaciones en las que invierten? Y, finalmente, ¿es ilegitimo que los bancos se beneficien de las operaciones de corporaciones multinacionales que son cómplices de, o cometen, violaciones de derechos humanos?

Las respuestas jurídicas a estas cuestiones son, en el mejor de los casos, poco claras. Las respuestas estratégicas, en cambio, son todas un sí rotundo: el papel de los bancos es de enorme importancia para la protección de los derechos humanos. Sin inversión ni financiación la actividad de las corporaciones está cercenada. Además, en la ausencia de un marco jurídico global exhaustivo regulando el papel de las corporaciones multinacionales, los bancos se vuelven una especie de reguladores potenciales. Simplemente escogiendo o no invertir en corporaciones e imponiendo condiciones de inversión, los bancos pueden obligarlas a cumplir con las normas internacionales de derechos humanos y medioambientales. Los bancos en sí mismos son por lo tanto reguladores potenciales en la ausencia de control de los Estados de origen y/o de los Estados receptores.

¿Pero por qué se iban a preocupar los bancos por las normas de derechos humanos? Los bancos a menudo contemplan las consideraciones de derechos humanos como responsabilidad de los Estados, no de los actores privados. Tales consideraciones son normalmente vistas como ajenas a, o de hecho fundamentalmente incompatibles con, la exigencia de obtener lucro de los bancos. Excepcionalmente, hay personas en las finanzas que afirman que las consideraciones de derechos humanos son imperativas para una buena toma de decisiones en materia fiscal. La Declaración del Thun Group de Bancos de 2012 sobre la aplicación de los Principios Rectores de la ONU en el sector bancario muestra ambos lados de esta división cuando proclama que "se trata de un asunto complejo para los bancos ya que la mayor parte de las consecuencias para los derechos humanos se producen por las actuaciones de sus clientes y se abordan mejor mediante la influencia, la presión y el diálogo que a través de acciones directas de los propios bancos."[11]

A pesar de esta división entre la financiación de proyectos y los derechos humanos, hay varias razones por las que las consideraciones de derechos humanos deberían ser vistas como parte integrante de las operaciones de los bancos. La primera es que las consideraciones sobre derechos humanos son indicadores útiles de la estabilidad y valor a largo plazo de un proyecto. Un análisis que incluya los derechos puede develar información importante sobre el rendimiento y la gestión de riesgos de una inversión y, por esta razón se ha argumentado que el préstamo responsable representa un beneficio financiero, más que un coste financiero.[12] La Comisión Europea confirma esto, apuntando que las políticas responsables en los ámbitos social y ecológico "proporcionan a los inversores un claro indicio de buena gestión interna y externa. Contribuyen a minimizar los riesgos

anticipando y previendo crisis que puedan dañar la reputación y provocar desplomes espectaculares del valor de las acciones."[13]

La segunda razón por la cual una evaluación que incluya los derechos contribuye a una inversión prudente es el evidente valor monetario de la reputación de una corporación, que a su vez afectará el retorno de la inversión del banco. Ha habido un aumento dramático del valor financiero de la reputación de las corporaciones, el cual afecta inevitablemente a su rentabilidad a largo plazo. Por ejemplo, se decía que el capital de reputación de Coca-Cola en 2005 era de 52 mil millones de dólares; y de 12 mil millones para Gillette en el mismo año.[14] El histórico Memorando Ford Pinto reveló que la Ford Motor Company sabía que el Pinto tenía defectos de diseño que podían resultar en la explosión del tanque de combustible si el vehículo recibía una colisión en la parte trasera. Ford decidió, basado en un análisis coste-beneficio, que sería más barato pagar las demandas judiciales de aquellos que sufriesen muerte o discapacidad como consecuencia del defecto de diseño que retirar todos los modelos Pinto. Ford tardó décadas en recuperarse de su pérdida de reputación y financiera.[15] De modo similar, el vertido de petróleo en el Golfo de México, y la amenaza de litigio, han tenido un impacto nefasto en el precio de las acciones de BP.[16]

Un ejemplo contrario es la crisis del Tylenol de Johnson & Johnson en 1982, que a pesar de haber ocurrido hace más de tres décadas, es todavía una de las lecciones más pertinentes en la protección de la reputación. Cuando siete personas en el área de Chicago en los Estados Unidos murieron tras ingerir cápsulas médicas de Tylenol Extra Fuerte que contenían cianuro de potasio, Johnson & Johnson retiró las cajas de Tylenol de todo el mundo. Esta muestra de honestidad y la invención de Johnson & Johnson de la primera cápsula intrínsecamente a prueba de manipulación, restauró la reputación de la empresa y las acciones de la empresa volvieron a alcanzar el máximo que tenían justo antes de la crisis en el período de 52 semanas.[17]

Los bancos, por lo tanto, deberían tener en cuenta el valor de reputación de su cartera de corporaciones.[18] El impacto y las prácticas en materia de derechos humanos y medioambientales de las corporaciones no son consideraciones improcedentes ni factores no monetarios, como se afirma a veces.[19] Las violaciones de derechos humanos, son, sin lugar a dudas, malas para los negocios.[20] Las devastadoras huelgas del 16 de agosto de 2012 en Sudáfrica, en la mina de platino Lonmin localizada en Marikana, revelaron una temblorosa línea de fractura por debajo de la industria de platino.[21] Ese modelo de negocios es claramente insostenible, un mensaje que había dimanado de la comunidad de derechos humanos pocos días antes de la masacre.[22]

La verdadera pregunta no es *si* los bancos desempeñan un papel en el cumplimiento de los derechos humanos sino más bien *qué* papel deberían desempeñar. Las mesas redondas de la Universidad de Wits representaron una oportunidad para plantear esta pregunta y proporcionar un análisis anclado en la realidad e informado por conocimientos y experiencias interdisciplinarios.

3 • Salvando la brecha: el borrador de los Principios de Johannesburgo y los pasos prácticos para los bancos

3.1. Mesas redondas

La crisis financiera expone los vínculos entre las prácticas financieras negligentes y las violaciones de derechos humanos.[23] Cuando la industria bancaria comete un error, los individuos y las comunidades sufren. Impulsado por la adopción de los Principios Reguladores de la ONU, el sector financiero se enfrentó al desafío de establecer normas que mitiguen la contribución del sector a violaciones de derechos humanos. Ha habido un progreso considerable en este sentido. Las Normas de Desempeño de la CFI (Corporación Financiera Internacional) y las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, por ejemplo, requieren que el sector financiero cumpla ciertas normas de derechos humanos y medioambientales.[24] Tanto las Normas de la CFI como las Directrices de la OCDE fueron revisadas en 2011 para incluir referencias específicas a los Principios Rectores de la ONU.

El problema que persiste es el tema de la especificidad. Aunque la CFI ha abierto el camino con su *Guía de Evaluación y Gestión de Impactos en los Derechos Humanos*[25] y, recientemente, con su estudio sobre los Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos y el Marco de Sostenibilidad de la CFI, estas iniciativas proporcionan poca orientación para el préstamo responsable de los bancos sudafricanos.[26] De hecho, el barómetro para medir el préstamo responsable, que todavía es un concepto vago y amorfo para muchos bancos, es Basilea III, un marco regulador internacional que se enfoca en temas de gobernanza relacionados a los requisitos de capital mínimo y no en las preocupaciones más generales de los impactos sociales (y menos aún en los derechos humanos) de los bancos.[27] Los bancos necesitan claramente especificidad. Si van a ser obligados a desempeñar un papel en evaluar y gestionar violaciones de derechos humanos, necesitan saber qué aspecto tiene una violación de ese tipo, cuáles les incumben a ellos, y el modo y forma de su responsabilidad. Para cualquier abogado de derechos humanos, la pregunta es extraña: las normas de derechos humanos son intrínsecas al derecho internacional de derechos humanos. Sin embargo, para los bancos, las normas de derechos humanos son vagas, indeterminables y a menudo no identificables.

En este contexto era evidente que el sector financiero sudafricano podría estar en condiciones de contribuir a estos avances, creando normas propias de funcionamiento contextualmente pertinentes. El objetivo de estas mesas redondas era discutir: el contenido de estas normas; cómo se aplican al trabajo del sector financiero sudafricano; la utilización de estas normas en un contexto comercial; el papel ideal que el sector financiero debería desempeñar en el respeto por los derechos humanos en Sudáfrica y en África en su conjunto. La discusión estaba dentro del marco de la mitigación de riesgos, utilizando un enfoque basado en derechos humanos.

El autor nombrado en primer lugar auspició dos mesas redondas, en colaboración con organizaciones locales e internacionales. Los encuentros reunieron a expertos y representantes de bancos, el sector privado, la academia, el sector de interés público y funcionarios

gubernamentales y reguladores. Los debates se estructuraron en torno a lo que, en términos reales y prácticos, los bancos necesitan hacer para cumplir las normas de derechos humanos internacionales y nacionales y, es importante destacar, lo que son *capaces* de hacer, dadas las restricciones reguladoras bajo las que operan. Surgieron cuatro temas.

3.2. Cuatro temas

El primer tema trataba sobre las obligaciones precontractuales de los bancos en lo que se refiere a la evaluación de los derechos humanos. El segundo consideraba la medida en que un banco tiene responsabilidad por la promoción y protección de los derechos humanos durante la duración de un proyecto (las obligaciones "en el contrato" de los bancos). El tercer tema estaba relacionado con la responsabilidad de los bancos sudafricanos en el cumplimiento de los derechos humanos en proyectos fuera de Sudáfrica. El tema final se enfocó en las consecuencias del incumplimiento de las normas nacionales, regionales e internacionales de derechos humanos por parte de los prestatarios.

3.2.1. Las obligaciones precontractuales de los bancos

El proceso precontractual de consulta, también conocido como diligencia debida o auditoría, es una etapa fundamental para determinar si un proyecto propuesto tendrá o no consecuencias sociales, económicas y medioambientales dañinas. Las siguientes cuestiones prácticas son obstáculos potenciales para la evaluación precontractual de las normas de derechos humanos en un proyecto: (i) falta de consulta a la comunidad; (ii) transparencia insuficiente, especialmente como resultado de la mercantilización de la información corporativa; (iii) la cuestión de quién emprende la diligencia debida del banco y a qué precio; y (iv) la tarea de determinar qué factores se tienen en cuenta al evaluar la eficacia y el impacto del proyecto propuesto, y cuándo tal evaluación debería tener lugar.

i. Diligencia debida: La evaluación del proyecto y el proceso de consulta

La consulta es un aspecto fundamental de la diligencia debida de la financiación de un proyecto. Los bancos pueden intentar consultar tanto a las comunidades potencialmente afectadas como al patrocinador del proyecto. Para cumplir con los Principios de Ecuador, la mayoría de bancos signatarios adoptan una política de "compromiso efectivo de las partes interesadas" dejando en manos del prestatario generar las soluciones para cualquier posible violación de derechos comunitarios.[28] Esto forma parte del proceso de diligencia debida de un proyecto, que tiene una serie de objetivos, incluyendo, aunque no solo, la valoración de la tasa de rendimiento (es decir, el grado de beneficio de un banco obtenido por el crédito que presta con una tasa de interés). Este proceso también garantiza que un banco responsable trabaje en colaboración con el prestatario para evitar perturbación social y violaciones de derechos humanos. Una participación eficaz y significativa en las etapas iniciales del proyecto garantiza un entendimiento común de los objetivos del proyecto. Esto es

necesario para respetar la dignidad y el derecho a elegir de las comunidades y, si la consulta tiene éxito, también asegura el apoyo de la comunidad, un ingrediente esencial para garantizar la implementación y el éxito a largo plazo de un proyecto.

A pesar de la importancia de la consulta precontractual, este proceso representa una de las áreas más debatidas en el tema de las empresas y los derechos humanos. Se discute sobre todo la medida en que la empresa está obligada a consultar a las comunidades en cuyo entorno geográfico pretende operar. Las numerosas investigaciones y literatura acerca del consentimiento libre, previo e informado son pertinentes en este contexto.[29] Los bancos se enfrentan al mismo paradigma de "consulta o consentimiento previo" que las empresas de su cartera, pero con poca orientación sobre cómo abordar el compromiso de la comunidad ni en qué medida esto le corresponde al banco. No está claro, por ejemplo, cuál es el objetivo del proceso de consulta. ¿El proceso de consulta consiste en compartir información o es una negociación para obtener el consentimiento? ¿Las normas internacionales de consulta libre, previa e informada se aplican a los bancos o solo a los prestatarios? ¿Debe un banco evaluar solo el riesgo de inversión o también el riesgo de *no* financiar el proyecto? ¿Qué ocurre si una comunidad rechaza el proyecto pero el gobierno lo aprueba?[30] ¿A quién debería consultar el banco, sabiendo que una comunidad no es homogénea y a menudo incluye grupos con distintos grados de poder y vulnerabilidad?[31] Como es evidente por esta serie de preguntas, no hay ninguna duda sobre la importancia de la consulta, pero sigue habiendo mucha incertidumbre con respecto al contenido y a lo que debe incluir una evaluación precontractual de proyectos financiados.

ii. Transparencia

La medida en que un proceso de diligencia debida puede ser completamente transparente es también un desafío. ¿Cómo de transparente puede y debe ser el proceso de diligencia debida y por extensión la consulta? Es probable que la consulta produzca un material sensible para el mercado, el cual es al mismo tiempo confidencial y económicamente valiosa. La protección de esta información como una mercancía impone limitaciones de confidencialidad que reducen la medida en que los bancos pueden ser transparentes sobre sus decisiones. ¿Cómo deberían los bancos gestionar el conflicto entre el imperativo de confidencialidad y el imperativo de transparencia al intentar lograr un proceso de consulta inspirado en los derechos?

iii. Consultores e igualdad de condiciones

Una preocupación central expresada por representantes del sector bancario es el papel de los consultores encargados de las evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos y el medio ambiente. Los consultores son caros (costeados, en su mayoría, por los bancos mismos) y con frecuencia presentan informes que no son rigurosos ni tienen suficiente profundidad. Éste no es un tema que se limita a los bancos, abarca a la mayoría de empresas de negocios que intentan externalizar esta habilidad especializada

de participación comunitaria. El sector privado en su conjunto necesita mejorar en la supervisión y evaluación de los consultores y asegurarse de que tienen el conocimiento y experiencia en materia de derechos humanos requeridos.

Este proceso también se ve agravado por el hecho de que casi nunca hay "igualdad de oportunidades" en la consulta; es decir, garantía de que la comunidad tiene una representación legal adecuada (por no hablar de igual), conocimiento de sus derechos e información técnica sobre las consecuencias del proyecto.[32] Esto con frecuencia impide un proceso consultivo pleno e igual, lo cual es exacerbado por otros factores tales como el idioma y la disonancia cultural.

iv. Un análisis a largo plazo y holístico

Las vicisitudes de la financiación crean a menudo un contexto de cortoplacismo, con miras a maximizar los beneficios en el periodo de tiempo más corto posible. Esto a menudo es contradictorio con el impacto a largo plazo de la financiación de proyectos sobre los factores sociales y medioambientales. Éste fue uno de los primeros y más obvios puntos de discordia entre la teoría de protección de derechos y la realidad de la toma de decisiones financieras. Una evaluación de los derechos humanos requiere un análisis no solo del impacto financiero a corto plazo de un contrato, sino también de su impacto medioambiental, social y cultural a largo plazo. Aunque esto pueda ser contrario a la tendencia histórica de contemplar los beneficios a corto plazo obtenidos por un proyecto, este enfoque dual tiene claras ventajas comerciales.[33]

La adopción de un enfoque holístico y a largo plazo exige un cambio en la naturaleza de la toma de decisiones sobre inversiones y una prolongación de las expectativas del mercado. Estos son cambios que no vendrán de un modo natural o fácil para el sector financiero, y ciertamente no sin un imperativo jurídico para que avancen. Sin embargo, los participantes de las mesas redondas reconocieron la posibilidad de incluir consideraciones de largo plazo en los procesos de consulta y evaluación que preceden a la firma del contrato de inversión.

Es evidente que los procesos precontractuales de diligencia debida son fundamentales, pero la expresión detallada de cómo son implementados tiene más preguntas que claridad. Las sugerencias incluidas en la propuesta de borrador de los Principios de Johannesburgo en relación a la evaluación de derechos humanos intentan crear más especificidad en un requisito que es más bien vago.

3.2.2. Las obligaciones de los bancos en el contrato

i. Las normas de derechos humanos como términos y condiciones del acuerdo de préstamo

Normalmente los bancos imponen obligaciones "en el contrato" para garantizar que el proyecto en el que invierten opere de acuerdo a los requisitos jurídicos y de otras regulaciones. Lo mismo se aplica a las normas de derechos humanos. La etapa de diligencia debida es obviamente la

etapa en la que el banco tiene más control en evaluar los riesgos potenciales. Sin embargo, esta obligación no termina cuando comienza el proyecto. Es precisamente en este punto que un prestamista puede ejercer el tipo de control regulador que los Estados son incapaces de proporcionar. Dicho esto, se entiende que los bancos no son organismos gubernamentales reguladores, ni se les puede pedir que lo sean. Son, sin embargo, poderosos organismos protectores con el potencial de retirar la financiación si el incumplimiento de las normas de derechos humanos es un término del acuerdo de financiación. Esto sí se les puede y debería pedir.

Unos términos y condiciones contractuales claros son un método efectivo de imponer obligaciones de derechos humanos en el prestatario. Si un prestatario viola una condición del acuerdo de préstamo relacionado a las normas de derechos humanos, estaría incumpliendo el acuerdo de préstamo (ya sea en parte o en su conjunto). Las actuales condiciones contractuales incluyen, en la práctica, prohibiciones contra la conducta ilegal. Sin embargo, las mesas redondas en Wits evidenciaron un consenso claro sobre la necesidad de ir más allá de la mera prevención de lo que es ilegal bajo la ley nacional (como el trabajo infantil) y garantizar que los contratos no infrinjan las normas regionales o internacionales de derechos humanos.

ii. Grado de supervisión e intervención: Préstamos escalonados

Una cuestión crucial para los bancos es, no obstante, en qué medida deberían hacer de la supervisión activa de los proyectos que financian una de sus actividades principales. Durante la vigencia de un contrato, los bancos son reacios a involucrarse en la supervisión de proyectos, en particular porque una participación de ese tipo en la práctica diaria del proyecto del prestatario puede exponer a los bancos a responsabilidad. Por otro lado, un prestamista ausente puede ser acusado de complicidad si su inversión está asociada a abusos de derechos humanos.[34]

Se debería alcanzar un equilibrio sensato para que los bancos puedan insistir en que las normas de derechos humanos formen parte de sus instrumentos financieros. Tales normas, no obstante, solo pueden ser impuestas si los bancos conservan influencia. Normalmente, los bancos pagan el préstamo total al prestatario, con un calendario de reembolso a lo largo de la duración del proyecto. Esto les quita influencia y debilita la capacidad del banco de obligar a la corporación a rendir cuentas. Un préstamo escalonado, es decir proporcionar el préstamo a plazos en lugar concederlo por adelantado y completo, es por lo tanto un mecanismo crucial y totalmente viable para obligar al prestatario a rendir cuentas. Los bancos tienen poca o ninguna influencia una vez que se ha pagado todo el préstamo. El uso de préstamos escalonados es por ello preferible, pues permite supeditar el pago de las cuotas subsiguientes a las condiciones contractuales.

iii. Las consecuencias de que los prestatarios cometan abusos de derechos humanos durante la vigencia del contrato: posible responsabilidad

Aparte de identificar las consideraciones pertinentes y aplicables en materia de derechos humanos, quizá una de las mayores dificultades a las que se enfrenta el sector financiero

es determinar qué debe hacer si identifica un abuso de derechos humanos, ya sea en la fase precontractual de diligencia debida o durante la ejecución del proyecto. La tendencia creciente por parte de los bancos es intentar que el prestatario termine con los abusos, en lugar de rescindir el acuerdo financiero.[35] La suspensión y rescisión de los contratos financieros son opciones extremas, utilizadas únicamente como último recurso. Este tipo de recursos deberían ser utilizados con precaución, no solo por sus repercusiones financieras, sino también porque pueden tener un efecto perjudicial para la comunidad en la que está localizada el proyecto. Las consecuencias no deseadas de abandonar un proyecto, en cualquiera de las etapas de su desarrollo, no deberían ser subestimadas.

Como siempre, sin embargo, hay valores divergentes. Por mucho que los bancos deban ser precavidos al determinar su estrategia para lidiar con las violaciones de derechos humanos de sus prestatarios, también deben ser prudentes para protegerse frente a cualquier responsabilidad. Los bancos operan entre bastidores, en una oscuridad relativa, pero cada vez se les otorga más responsabilidad en relación a las conductas asociadas a violaciones de derechos humanos. Tal responsabilidad dependerá de una serie de factores, incluyendo la proximidad geográfica al área de inversión, la medida en la que el banco haya o debería haber mantenido el control sobre el proyecto y la gravedad del daño. Cuando los bancos están situados cerca del área de la violación, o tienen influencia sobre la ejecución del contrato, pueden ser considerados parte responsable. Cuanto más significativo sea el daño denunciado por las partes afectadas, más probable será que aparezca responsabilidad. En estos casos podría ser aplicada una norma de negligencia. Si un banco es negligente, y no cumple el principio de razonabilidad en la diligencia debida ni en la supervisión del contrato, puede aparecer la posibilidad de responsabilidad penal.

Cuando un prestatario comete directa o indirectamente, o es cómplice en la perpetración de un abuso de derechos humanos, los bancos deberían adoptar las siguientes medidas:

- de acuerdo con las normas internacionales tales como el Principio 5 de los Principios de Ecuador III y el Principio 22 de las Directrices sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU, *colaborar* con el prestatario para detener el abuso, asegurar su no recurrencia y comprometerse a su reparación;
- cuando un prestatario no restablece el cumplimiento, *postergar, suspender o cancelar* el préstamo cuando sea posible; y
- siempre *considerar* las consecuencias no deseadas de cualquier medida correctiva, tales como la pérdida de ingresos para la comunidad local, antes de efectuar la cancelación de un contrato.

La consecución de un enfoque orientado a los derechos humanos en la financiación requiere la integración de especialistas en derechos humanos y medio ambiente en todas las actuaciones de los bancos. Los gestores, accionistas y depositantes deberían ser alentados a apoyar estos esfuerzos. Esto es necesario por el bien de la rentabilidad de la inversión pero también por la necesidad de atenuar la responsabilidad por violaciones de derechos humanos. El futuro, por ende, está claro. El carácter de la responsabilidad de los bancos está cambiando y el sector debería anticiparse y dar forma a este cambio.

3.2.3. Extraterritorialidad: Responsabilidad por el cumplimiento de los derechos humanos en proyectos fuera de Sudáfrica

Como se ha señalado anteriormente, uno de los mayores desafíos para la implementación de los derechos ESC es la medida en que las corporaciones pueden tener un impacto negativo en la implementación de estos derechos en jurisdicciones fuera del Estado en el que se constituyeron o tienen su sede comercial. Muchos argumentan que las normas que regulan a una corporación en su país de origen deberían aplicarse también a sus actividades fuera de ese Estado.[36] Esta es una consideración igual de importante para los bancos, sobre todo para aquellos que operan en jurisdicciones de los BRICS, donde los proyectos de desarrollo hacen que los bancos actúen como entidades que simultáneamente exigen normas equitativas y a las que se les exigen normas equitativas.

Esto es particularmente cierto en Sudáfrica, que está llamada a convertirse en los auténticos "Estados Unidos de África" en la región. Las oportunidades de financiación de proyectos en el continente africano son inmensas y Sudáfrica es uno de los centros financieros para este desarrollo. Sin embargo, los bancos sudafricanos operan en una zona nebulosa de una economía emergente. ¿Aplicarán los bancos sudafricanos las normas de derechos humanos en los proyectos que financian por todo el continente o serán ellos también partícipes de la explotación de Estados débilmente regulados?

Un factor que complica la situación para los bancos es el hecho de que las jurisdicciones nacionales pueden tener normas de derechos humanos distintas al régimen internacional o regional. De conformidad con las normas estatales para la conducta extraterritorial, así como con las mejores prácticas actuales de los bancos sudafricanos, los participantes de las mesas redondas estuvieron de acuerdo en que las normas del Estado tendrían prioridad siempre y cuando esas normas cumpliesen las mejores prácticas internacionales fundamentales. Por lo tanto, si las normas requeridas por el Estado receptor son más exigentes que las normas internacionales, se aplicarán las primeras.

6 • Conclusión

Este artículo analiza algunas de las consideraciones generales sobre derechos humanos que impactan sobre las finanzas, así como ciertas iniciativas de orientación normativa emprendidas en Sudáfrica en pos de la creación de normas para los bancos operando en la región. Activistas, abogados, académicos y bancos (tanto públicos como privados) de todo el mundo están forcejeando con las características y circunstancias excepcionales de las finanzas modernas en un contexto de empresas y derechos humanos que, hasta ahora, apenas reconoce, ya no digamos comprende, las exigencias que debe satisfacer el sector financiero para hacerlo más propicio a la protección y promoción de los derechos humanos.

La iniciativa del borrador de los Principios de Johannesburgo ha reunido a actores en el contexto sudafricano en un esfuerzo por determinar las realidades financieras y de

derechos humanos a las que se enfrentan los bancos que financian grandes proyectos de desarrollo en la región. El objetivo ha sido integrar las exigencias de las normas de derechos humanos con las vicisitudes a las que se enfrentan los bancos. Los Principios resultantes no son un fin en sí mismo; más bien pretenden generar futuros debates y colaboraciones entre los actores de derechos humanos, banqueros, gobierno y académicos, que puedan producir un enfoque de la financiación basado en derechos humanos que tenga sentido para las empresas y para las personas que las operan.

Desde las mesas redondas fueron formulados y divulgados los Principios de Johannesburgo propuestos para seguir debatiendo con, y recibir las impresiones de, el sector financiero en Sudáfrica. El siguiente paso del proyecto será albergar durante 2015 y 2016 una serie de encuentros con los bancos y sus órganos de representación con la intención de alcanzar acuerdos entre los participantes para adoptar formalmente los Principios. A pesar de este hecho, los Principios siguen estando sometidos a una continua interacción y análisis. Tratan sobre la protección ante el abuso de derechos humanos por parte de las corporaciones en general y de los derechos ESC en particular, y constituyen un resumen del desarrollo de un marco para la protección factible de los derechos humanos por parte de los bancos. Constituyen la síntesis de las opiniones de una serie de actores, y también intentan establecer limitaciones y proporcionar orientación para los bancos en relación al papel que las consideraciones sobre derechos humanos deberían desempeñar en su pensamiento estratégico, toma de decisiones y gestión operacional.

NOTAS

1 • UN Human Rights Council, "Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework: Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises", John Ruggie, 21 March 2011, A/HRC/17/31.

2 • Centre for Applied Legal Studies, "A New Framework for South Africa: Financial Institutions, Human Rights and International Best Practices Report of the Seminar and Proposed Johannesburg Principles", Johannesburg, University of the Witwatersrand, November 2011, visitado el 18 de julio de 2014, http://www.wits.ac.za/files/e6mb7_488183001404139945.pdf.

3 • Sundhya Pahuja, *Decolonising International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011); Richard Falk, Balakrishnan Rajagopal, and Jacqueline Stevens, eds., *International law and the Third World*: Reshaping Justice (London: Routledge, 2008); Tshepo Madlingozi, "On Transitional Justice Entrepreneurs and the Production of Victims," Journal of Human Rights Practice 2, no. 2 (2010): 208–28; Meetali Jain and Bonita Meyersfeld, "Lessons from Kiobel v Royal Dutch Petroleum Company: developing homegrown lawyering strategies around corporate accountability," *South African Journal on Human*

Rights 30, no. 3 (2014): 430–57.

4 • Equator Principles Financial Institutions, *The Equator Principles III* (Equator: The Equator Principles Association, June 2013, visitado el 6 de noviembre de 2015, http://www.equator-principles.com/resources/equator_principles_III.pdf.

5 • El autor de este artículo nombrado en segundo lugar presidió una sesión sobre Finanzas y Derechos Humanos de la ONU en la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos "Forum sobre Empresas y Derechos Humanos", 5 de diciembre de 2012, durante la cual, Ola Mestad, Presidente del Consejo de Ética del Fondo Soberano de Noruega, hizo esta sugerencia.

6 • OECD, OECD *Guidelines for Multinational Enterprises* (Paris: OECD, 2008), visitado el 6 de noviembre de 2015, http://www.oecd.org/corporate/mne/1922428.pdf.

7 • El estudio más reciente sobre Sudáfrica realizado en el marco del Índice de Pobreza Multidimensional (IPM) fue en 2012. El IPM es calculado utilizando diez indicadores de pobreza en tres dimensiones de igual ponderación: la educación, sanidad y calidad de vida. La pobreza multidimensional es definida como la privación de al menos un tercio de los indicadores ponderados. El 11,1% de la población de Sudáfrica es clasificada como estando en la pobreza multidimensional. Además, el 17,9% es vulnerable a la pobreza (es decir, están desprovistos de un 20-33,3% de los indicadores ponderados), el 1,3% están en pobreza extrema (desprovistos de un 50% o más), y un 1% son indigentes (desprovistos de al menos un tercio de indicadores más extremos). El índice IPM contrasta con otros umbrales más bajos de pobreza, tales como el porcentaje de pobres con ingresos de 1,25 dólares por día (13,8%) y 2,00 dólares por día (31,3%). La Línea de Pobreza Nacional sitúa el porcentaje de pobres en Sudáfrica en un 23%. Para contextualizar estas estadísticas, Sudáfrica tiene un índice Gini de 0,631, que denota una disparidad extrema entre los ingresos de la población (Oxford, Oxford *Poverty and Human Development Initiative* (OPHI), 2014).

8 • Ver, por ejemplo, United Nations Economic and Social Council Economic Commission for Africa, "Financing for Development: A progress report on the implementation of the Monterrey Consensus", Meeting of the Committee of Experts on the 5th Joint Annual Meetings of the AU Conference of African Ministers of Finance, Planning and Economic Development, Addis Ababa, Ethiopia, 22-25 March 2012, E/ECA/COE31/10; AU/CAMEF/EXP/10(VII), señalando la necesidad de mejorar el marco de financiación para el desarrollo de África.

9 • Mary Dowell-Jones and David Kinley, "The Monster Under the Bed: Financial Services and the Ruggie Framework," in *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation*, ed. Radu Mares (The Hague: Brill, 2012), 183.

10 • Según un Informe de Inteligencia de 2013 sobre Inversión Extranjera Directa (IED) y una investigación sobre el atractivo para la inversión de Ernst & Young, Sudáfrica es el principal contribuyente de la IED en África. Entre 2003 y 2012 el aumento en nuevos proyectos IED alcanzó un 536% creando más de 45 000 empleos durante ese periodo. Ver Ernst & Young, *Repositioning the South African Investment Case*, 2013, visitado el 6 de noviembre de 2015, http://www.zuidafrika.nl/viewer/file.aspx?fileinfoID=360.

11 • The Thun Group of Banks, *UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Discussion Paper for Banks on Implications of Principles 16–21*, October 2013, visitado el 9 de marzo de 2015, https://www.credit-suisse.com/media/cc/docs/responsibility/thun-group-discussion-paper.pdf.

12 • United Nations Environment Programme Finance Initiative (UNEP FI) and Mercer, *Demystifying Responsible Investment Performance: A review of key academic and broker research on ESG factors*, 2007, visitado el 18 de julio de 2014, http://www.unepfi.org/fileadmin/documents/Demystifying_Responsible_Investment_Performance_01.pdf; Benjamin J. Richardson, "Financing Environmental Change: A New Role for Canadian Environmental Law," *McGill Law Journal 49*, no. 1 (2004): 151.

13 • European Commission, *The Commission Green Paper on Promoting a European Framework for Corporate Social Responsibility*, COM (2001) 366 final.

14 • United Nations Environment Programme Finance Initiative (UNEP FI), *A Legal Framework for the Integration of Environmental, Social and Good Governance Issues into Institutional Investment*, October 2005, visitado el 18 de julio de 2014, www.unepfi.org/fileadmin/documents/freshfields_legal_resp_20051123.pdf. No había datos más recientes disponibles en el momento de esta redacción.

15 • Gary T. Schwartz, "The Myth of the Ford Pinto Case," *Rutgers L. Rev*. 43, no. 4 (1990-1991): 1013.

16 • Emily Gosden, "BP profits slip as 'Gulf spill disposals' hit production", *The Telegraph*, May 1, 2012, visitado el 20 de julio de 2014, http://www.telegraph.co.uk/finance/newsbysector/energy/oilandgas/9237910/BP-profits-slip-as-Gulf-spill-disposals-hit-production.html.

17 • Judith Rehak, "Tylenol made a hero of Johnson & Johnson: The recall that started them all", *New York Times*, March 23, 2002, visitado el 20 de julio de 2014, http://www.nytimes.com/2002/03/23/your-money/23iht-mjj_ed3_.html.

18 • Richardson, "Financing Environmental Change," 150; Rita Roca and Francesca Manta, *Values Added: The Challenge of Integrating Human Rights into the Financial Sector* (Copenhagen: Danish Institute for Human Rights, 2010), 21.

19 • UNEP FI and Mercer, *Demystifying Responsible Investment Performance*.

20 • Iveta Cherneva, "The business case for integrating human rights and labour standards in finance," in *The Business Case for Sustainable Finance*, ed. Iveta Cherneva (USA, Canada: Routledge, 2012), 97; UN Human Rights Council, "Business and human rights: further steps toward the operationalization of the 'protect, respect and remedy' framework: Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises", John Ruggie, 9 April 2010, A/HRC/14/27.

21 • Justice Malala, "The Marikana action is a strike by the poor against the state and the haves", August 17, 2012, visitado el 20 de julio de 2014, http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2012/aug/17/marikana-action-strike-poor-state-haves.

22 • The Bench Marks Foundation, "Policy Gap 6 – A Review of Platinum Mining in the Bojanala District of the North West Province: A Participatory Action Approach", 2012, visitado el 5 de febrero de 2013, http://www.bench-marks.org.za/research/rustenburg_review_policy_gap_final_aug_2012.pdf.

23 • Mary Dowell-Jones, "Financial Institutions and Human Rights," *Human Rights Law Review* 13, no. 3 (2013): 423–68.

24 • International Finance Corporation, "Performance Standards and Guideline Notes", January 1, 2012, visitado el 20 de julio de 2014, http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics_ext_content/ifc_external_corporate_site/ifc+sustainability/our+approach/risk+management/performance+standards/performance+standards+-+2012; OECD, OECD *Guidelines for Multinational Enterprises* (Paris: OECD, 2011), visitado el 20 de julio de 2014, http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en.

25 • The International Business Leaders Forum and the International Finance Corporation, *Guide to Human Rights Impact Assessment and Management* (London, Washington: IBFL/IFC, 2010), visitado el 18 de julio de 2014, http://www1.ifc.org/wps/wcm/connect/8ecd35004c0cb230884bc9ec6f601fe4/IFC_HIRAM_Full_linked.pdf?MOD=AJPERES.

26 • Ni, por cierto, tampoco lo hacen los Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados relativas a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobados en septiembre de 2011). Tales principios, aunque fueron considerados en las discusiones de las mesas redondas, guardan de hecho un silencio casi absoluto sobre las responsabilidades particulares de los Estados en relación a los impactos extraterritoriales sobre los derechos humanos por parte de los bancos y otras instituciones financieras.

27 • Bank for International Settlements, "International

Regulatory Framework for Banks (Basel III)", visitado el 18 de julio de 2014, http://www.bis.org/bcbs/basel3.htm.

28 • Equator Principles Financial Institutions, *Equator Principles*, 7.

29 • Cristina Hill, Serena Lillywhite and Michael Simon, *Guide to Free Prior and Informed Consent* (Melbourne: Oxfam Australia, 2010), visitado el 5 de febrero de 2013, https://www.culturalsurvival.org/sites/default/files/guidetofreepriorinformedconsent_0.pdf; Robert Goodland, "Free, Prior and Informed Consent and the World Bank Group," *Sustainable Development Law & Policy* 4, no. 2 (2004): 66.

30 • Mark Curtis, *Precious Metal: The Impact of Anglo Platinum on Poor Communities in Limpopo, South Africa* (Johannesburg: ActionAid, 2008), visitado el 18 de julio de 2014, http://www.actionaid.org.uk/doc_lib/angloplats_miningreport_aa.pdf.

31 • Aunque pueda estar claro que cierta comunidad va a ser afectada por un proyecto, no está claro quién de la comunidad debería ser consultado. Las comunidades no son entidades uniformes ni homogéneas. Siendo así, los miembros de las comunidades pueden tener puntos de vista distintos sobre un proyecto propuesto. Idealmente, el proceso de consulta debería garantizar que los puntos de vista de los diversos subgrupos dentro de la comunidad sean escuchados. Debería prestarse particular atención a los puntos de vista de mujeres y otros subgrupos dentro de las comunidades (que a menudo son excluidos de los organismos de representación oficiales). Para una discusión sobre la participación comunitaria ver el Centre for Applied Legal Studies (CALS), *Community Engagement Policy* (Johannesburg: University of the Witwatersrand, 2014), visitado el 6 de noviembre de 2015, http://www.wits.ac.za/files/25gim_168271001427097717.pdf.

32 • CALS, *Community Engagement Policy*, 29-30.

33 • Ver Bonita Meyersfeld, "Institutional investment and the protection of human rights: a regional proposal," in *Globalisation and Governance*, ed. Laurence Boulle (Cape Town: Siber Ink, 2011).

34 • Ver la queja de las Mujeres de Marikana a la oficina del Asesor de Cumplimiento / Defensor del Pueblo (CAO, por sus siglas en ingles) con respecto a la falta de monitoreo por parte de la CFI de la inversión en la mina de Lonmin en Marikana: Queja de los Miembros de la Comunidad Afectados en relación a los impactos sociales y medioambientales de la operación en Marikana de Lonmin, Sociedad Pública de Responsabilidad Limitada, http://www.wits.ac.za/files/1idfa_460089001435829170.pdf.

35 • Meyersfeld "Institutional Investment," 174.

36 • Ver Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles and Policy* (Oxford: Oxford University Press, 2011); Daniel Augenstein and David Kinley, "Beyond the 100 Acre Wood: in which international human rights law finds new ways to tame global corporate power," *The International Journal of Human Rights*, 19, no. 6 (2015): 828–48.

BONITA MEYERSFELD – *Sudáfrica*
Bonita Meyersfeld es profesora asociada en la Universidad de Wits y Directora del Centro de Estudios Jurídicos Aplicados. También es editora y presidenta de la Revista Sudafricana de Derechos Humanos (South African Journal on Human Rights) y coordinadora de las mesas redondas sobre los Principios de Johannesburgo.

contacto: *bonita.meyersfeld@wits.ac.za*

DAVID KINLEY – *Australia*
David Kinley es Catedrático de Derecho de los Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de Sydney. Miembro del Panel Académico de Doughty Street Chambers, Londres.

contacto: *david.kinley@sydney.edu.au*

Recibido en marzo de 2015.
Original en inglés. Traducido por Sebastián Porrúa Schiess.

Los autores quieren agradecer a Georgina Meikle de la Facultad de Derecho de Sydney y a Raisa Cachalia de la Universidad de Witwatersrand por su excelente ayuda en la investigación para la preparación de este artículo, así como a los editores de Sur por sus agudas sugerencias editoriales.

"Este artículo es publicado bajo la Creative Commons Noncommercial Attribution-Share Alike 4.0 International License"