The background of the cover features a low-angle, upward-looking perspective of modern skyscrapers with glass facades, creating a sense of height and architectural grandeur. The sky is a pale, overcast blue. The text is overlaid on dark, semi-transparent rectangular boxes.

LA INICIATIVA DE LA TRANSPARENCIA EN LA INDUSTRIA EXTRACTIVA Y LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SECTOR DE LOS HIDROCARBUROS

AÏDA ORTIZ FERNÁNDEZ

Director: Dr. Víctor M. Sánchez

Tesis Doctoral

Universitat Oberta de Catalunya

Programa de Doctorado en Sociedad de la
Información y el Conocimiento

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, quisiera agradecer a mi supervisor, Víctor M. Sánchez Sánchez, la confianza depositada en mí, así como sus consejos y reflexiones.

Asimismo, gracias a Olga Martín-Ortega, por ofrecerme la oportunidad de llevar a cabo una estancia en la Universidad de Greenwich. Su investigación y recomendaciones hicieron de mi estancia una gran experiencia.

También quiero mostrar un especial agradecimiento a todas las personas que me han acompañado en algún momento de esta intensa aventura. Finaliza una etapa, pero no puedo dejar de pensar en las magníficas personas que he conocido en este viaje. A todas ellas, gracias por transmitirme vuestra fortaleza, optimismo, ánimos, cariño, y por no dejarme caer en esos momentos delicados.

Una especial mención a Ana Puit, un gran pilar en mi vida, por acompañarme ininterrumpidamente en este proceso. Y también a Patricia, por nuestras vivencias en Londres, pero sobre todo por su ayuda, consejos y apoyo incondicional, incluso ahora en la distancia. También a María Bernad, por su gran ayuda en los últimos pasos de este camino.

Pero sobre todo, un gran agradecimiento a mis padres, Francesc y Mari. Sin ellos nunca habría podido llevar a cabo este trabajo. Por su amor, por darme siempre las fuerzas que necesito, por ser una fuente de inspiración y motivación, por creer siempre en mis proyectos y por su apoyo incondicional. Sois mi vida, y nunca os lo podré agradecer lo suficiente.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN	VII
RESUM	VIII
ABSTRACT	IX
ABREVIATURAS	XII
LISTA DE GRÁFICOS E ILUSTRACIONES	XV
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1 LAS EMPRESAS MULTINACIONALES COMO ACTORES DE LA GLOBALIZACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL	14
1. Empresas multinacionales: elementos definatorios	15
1.1 Elementos terminológicos	16
1.1.1 Empresa	16
1.1.2 ¿“Multinacional”, “transnacional” o “internacional”?	18
1.2 Alcance semántico	21
1.2.1 Naturaleza “mercantil”	21
1.2.2 Lugar de constitución	23
1.2.3 Operativa transnacional unitaria	24
2. Las Empresas Multinacionales como actores globales	26
2.1 Globalización en curso	26
2.2 Empresas Multinacionales y estructura de poder en la Globalización	29
2.2.1 Pluralidad de actores internacionales	29
2.2.2 Empresas Multinacionales y Estados: cooperación y conflicto de intereses	31
2.2.2.1 El inicio del impulso de un “nuevo orden económico internacional” (NOEI)	32
2.2.2.2 Poder fáctico	33
2.2.2.3 Teorías sobre el impacto en el desarrollo social	35
2.2.2.4 El mito de la “retirada del estado”	40
3. El Derecho Internacional y las Empresas Multinacionales	48
3.1 Personalidad jurídica en derecho internacional	49
3.1.1 Reparación de daños sufridos al servicio de la Naciones Unidas	50
3.1.2 ¿Tienen las Empresas Multinacionales personalidad jurídica internacional?	52
3.1.2.1 Subjetividad activa de las empresas como personas jurídicas	54
3.1.2.2 Subjetividad internacional pasiva de las personas jurídicas	65

CAPÍTULO 2 EL ROL DEL DERECHO EN LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA	83
1. Aproximación y evolución al concepto de Responsabilidad Social Corporativa	84
1.1 Orígenes doctrinales de la RSE: Howard R. Bowen y la “Responsabilidad Social del Empresario”	85
1.2 Conceptualización de la RSE	90
1.3 Elementos estructurales y principios de la RSE	93
1.3.1 Voluntariedad vs Obligatoriedad: una paradoja remediable	93
1.3.1.1 Voluntariedad	94
1.3.1.2 Obligatoriedad: deberes éticos principales y jurídicos accesorios	96
1.3.2 Contribución social positiva: “doing good”	98
1.3.2.1 Coherencia	100
1.3.2.2 Complementariedad	103
1.3.3 Rendición de cuentas: responsabilidad ante la Sociedad	104
1.3.3.1 La rendición de cuentas como elemento esencial de la responsabilidad social	104
1.3.3.2 Con carácter social	106
2. Responsabilidad Social empresarial y los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresa y Derechos Humanos	109
2.1 La ONU y la regulación de las EMN	110
2.1.1 Proyecto de Código de Conducta de naciones unidas para las EMN 1982	110
2.1.2 El Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo y las actividades de las EMN	111
2.1.3 John Ruggie: el Representante Especial del Secretario General para los Derechos Humanos y las empresas transnacionales	114
2.1.4 Nueva propuesta de celebración de un tratado internacional en la materia	117
2.2 Los Principios Rectores y la Responsabilidad Social Corporativa	120
2.2.1 Sistemática de los Principios Rectores	120
2.2.2 Naturaleza de las responsabilidades de las empresas	123
2.2.3 Alcance de la responsabilidad de las empresas	126
3. Relevancia jurídica de la RSE en el Derecho actual	136
3.1 Contratación y subvenciones públicas	137
3.2 Impulso legislativo para la incorporación de la debida diligencia en materia de derechos humanos	147
3.3 Protección de los derechos e intereses de los consumidores, inversores, accionistas y otros frente a las prácticas desleales	151
3.4 Obligaciones mercantiles y divulgación de información no financiera	154
3.4.1 Los derechos humanos en los informes de estado de información no financiera	159
3.5 Protección de los Estados Huésped en las inversiones directas extranjeras	161

CAPÍTULO 3 FACTORES DE RIESGO Y GOBERNANZA DE LA INDUSTRIA DEL GAS Y EL PETRÓLEO	168
1. Contextualización del sector de los hidrocarburos	169
1.1 Principales actores involucrados en la actividad extractiva	170
1.2 El impacto de la industria extractiva del petróleo y el gas en la economía	172
1.2.1 Barreras al desarrollo económico: la maldición de los recursos naturales	172
1.2.2 El papel del precio del petróleo sobre la economía	174
1.3 La geopolítica de los hidrocarburos	176
1.4 Relevancia jurídico internacional: la soberanía permanente de los recursos naturales	179
1.5 Breve revisión estadística del estado de la energía mundial	182
2. Identificación de los principales riesgos para los derechos humanos derivados de la actividad extractiva del gas y el petróleo	185
2.1 Los derechos humanos frente a las fuerzas de seguridad en el sector extractivo y la intensificación de los conflictos armados	186
2.2 Los derechos humanos y el medio ambiente: impacto ambiental del sector de los hidrocarburos y los derechos de la población indígena	190
2.3 Vulnerabilidades de los derechos humanos ante la corrupción en la cadena de valor del petróleo y el gas	196
3. Gobernanza transnacional a través de las iniciativas voluntarias	200
3.1 La Guía del sector del petróleo y el gas para la implementación de los Principios Rectores	202
3.2 Task Force on Climate-related Financial Disclosures	207
3.3 Carbon Disclosure Project	208
3.4 Zero Routine Flaring para el 2030	209
3.5 International Finance Corporation Performance Standards	210
3.6 Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales	213
3.7 Los Objetivos de Desarrollo Sostenible	214
3.8 Los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos	219
CAPÍTULO 4 EL EITI, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA BUENA GOBERNANZA EN EL SECTOR DEL GAS Y EL PETRÓLEO	223
1. Origen, constitución y estructura orgánica	226
1.1 Orígenes	228
1.1.1 Estudios, denuncias, y el caso BP	229
1.1.2 La iniciativa Tony Blair	232
1.1.3 Método de elaboración y desarrollo de los Principios y Requisitos EITI	233
1.1.4 Los Principios EITI	238
1.2 Naturaleza del EITI	240
1.2.1 Carácter híbrido	240
1.2.1.1 Soft Law	241

1.2.1.2 Código de RSE	245
1.2.2 Adaptabilidad y gradualidad	246
1.3 La Asociación para la iniciativa de Transparencia de las Industrias Extractivas	248
1.4 Formas de participación	251
1.4.1 Miembros del EITI	251
1.4.2 Grupo de Estados afiliados	252
1.4.3 Grupo de empresas afiliadas	258
1.4.4 Grupo de organizaciones de la sociedad civil afiliadas	261
1.5 Estructura orgánica	262
1.5.1 Conferencia EITI	263
1.5.1.1 Naturaleza	263
1.5.1.2 Composición y proceso de adopción de “sugerencias”	265
1.5.2 Junta de Miembros de EITI	267
1.5.2.1 Composición y funcionamiento	267
1.5.2.2 Funciones	268
1.5.3 Consejo EITI	269
1.5.3.1 Composición y funcionamiento	269
1.5.3.2 Funciones	270
1.5.4 Presidencia	272
1.5.5 Secretariado y financiación del EITI	273
2. El derecho de participación de la sociedad civil en los países del EITI	279
2.1 Relaciones entre el derecho a la información, el derecho a la participación pública y la libertad de asociación	280
2.2 La participación nacional de la sociedad civil en el EITI	285
2.2.1 La participación de la sociedad civil, las partes interesadas, las ONG y otros entes sin ánimos de lucro	286
2.2.2 Factores para determinar la calidad de la participación de la sociedad civil	291
2.2.2.1 Libre	292
2.2.2.2 Ausencia de obstáculos	292
2.2.2.3 Significativa y activa	293
2.2.3 El espacio cívico en los países implementadores del EITI	295
2.3 Los grupos multipartícipes nacionales	300
2.3.1 Selección y funciones participativas del grupo de multipartícipes	300
2.3.2 La gobernanza de los grupos multipartícipes del EITI en Nigeria y Colombia	305
3. La transparencia en el marco del EITI	311
3.1 La publicidad activa en el EITI	313
3.2 Estructura formal del estándar EITI	314
3.2.1 Los Requisitos de divulgación del Estándar EITI 2019	314
3.2.2 Evolución y modificaciones del EITI	316
3.3 Grado de cumplimiento de los Requisitos EITI en Nigeria y Colombia	325
3.3.1 La transparencia en Nigeria de conformidad con los Requisitos EITI	325

3.3.2 La transparencia en Colombia de conformidad con los Requisitos EITI	335
4. El principio de seguridad jurídica ante el EITI	343
4.1 Reformas legales e institucionalización del EITI en los países implementadores	344
4.1.1 El contexto normativo del sector extractivo en Nigeria	348
4.1.2 El contexto normativo del sector extractivo en Colombia	352
4.2 El derecho de acceso a la información como mecanismo para asegurar el cumplimiento del EITI	357
4.2.1 El derecho de acceso a la información en los países implementadores del EITI	363
4.2.2 Marco legal e institucional en Nigeria del derecho de acceso a la información	366
4.2.2.1 Estado del derecho de acceso a la información en Nigeria	366
4.2.2.2 Sinergia entre el NEITI, la Ley de transparencia y el derecho de acceso a la información y otras leyes de aplicación	370
4.2.2.3 Promoción de la gestión de la información en las leyes del petróleo y el gas en Nigeria	379
4.2.3 Marco legal e institucional en Colombia del derecho de acceso a la información	382
4.2.3.1 Estado del derecho de acceso a la información en Colombia	382
4.2.3.2 Sinergia entre el EITI y la Ley de transparencia y el derecho de acceso a la información en Colombia	387
4.2.3.3 Promoción de la gestión de la información en las leyes del petróleo y el gas en Colombia	393
4.3 Mecanismos EITI para asegurar la implementación y el cumplimiento del Estándar	396
4.3.1 El proceso de Validación del EITI	397
4.3.2 La política de datos abiertos del EITI	404
4.3.3 Los Planes de Trabajo de los grupos multipartícipes y otras iniciativas	414
CONCLUSIONES	423
CONCLUSIONS	458
BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN	491
ANEXOS	565

RESUMEN

Las relaciones internacionales han sufrido cambios significativos en las últimas décadas, en buena medida debido a la proliferación de actores no estatales (entre otros, las empresas multinacionales -EMN-) que actúan en un ordenamiento jurídico internacional todavía definido para los Estados. A pesar de que se ha reconocido ampliamente que las EMN tienen un fuerte impacto social, medioambiental y económico, y que incluso se ha afirmado que ostentan una responsabilidad compartida con el Estado, el problema de su regulación en el contexto internacional todavía sigue vigente, en especial en relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ante este escenario, este trabajo ha considerado que las limitaciones técnicas en el diseño de las obligaciones para controlar la conducta de las EMN pueden superarse. Así, para hacer frente a los desafíos que plantean estas empresas, se ha determinado la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) como una solución alternativa y complementaria al ámbito puramente jurídico. Este primer análisis, ha mostrado que, aunque todavía existen corrientes intelectuales y académicas que consideran la RSE como un aspecto fuera del ámbito legal, en la actualidad, ya no se puede eludir la existencia de una estrecha vinculación entre esta herramienta y el desarrollo actual del Derecho.

Con el fin de delimitar las iniciativas de RSE objeto de estudio, esta investigación ha centrado su análisis en las empresas del sector de los hidrocarburos. De este modo, el primer paso ha sido identificar los riesgos más significativos para los derechos humanos derivados de su actividad. El objetivo principal ha sido analizar si las principales herramientas de RSE sectoriales están haciendo frente a estos riesgos. Aunque todavía quede un largo camino por recorrer, un primer análisis ha mostrado que estas empresas han empezado a adoptar compromisos dirigidos a eliminar o minimizar algunos de los desafíos planteados. Entre el conglomerado de iniciativas, se ha examinado, de manera exhaustiva, la Iniciativa de Transparencia en la Industria Extractiva (EITI, por sus siglas en inglés), cuya misión es fomentar la transparencia y mejorar la rendición de cuentas. De este modo, se presenta como un instrumento dirigido a abordar la corrupción. Así, en primer lugar, su estudio, en especial a través de los compromisos adoptados por parte de dos países adheridos al EITI (Nigeria y Colombia), ha permitido afirmar que su implementación estaría moldeando la

normativa aplicable al sector en los países implementadores del Estándar. No obstante, este análisis, junto con el examen global del EITI, nos ha llevado a entender que pueden existir desafíos que limiten su misión inicial. Esta idea, nos ha hecho introducir un nuevo enfoque que, junto con los propios mecanismos del Estándar, ayude al EITI a promover la mejora de la transparencia y la rendición de cuentas. Es decir, la promoción del derecho de acceso a la información como mecanismo esencial para asegurar el cumplimiento de las disposiciones de divulgación. Para fortalecer esta idea, también se ha incidido en la necesidad de que el EITI, no sólo siga promoviendo la participación de las partes interesadas e involucradas en el EITI, sino también que fomente el derecho de participación de otros actores para asegurar espacios de diálogo. De este modo, se ha concluido que la configuración actual del Estándar no presentaría limitaciones a este enfoque, y que los grupos multipartícipes y los Planes de Trabajo devienen las herramientas adecuadas para este impulso a nivel nacional.

RESUM

Les relacions internacionals han patit canvis significatius en les darreres dècades, en bona mesura degut a la proliferació d'actors no estatals (entre d'altres, les empreses multinacionals -EMN-) que actuen en un ordenament jurídic internacional encara definit per als Estats. Tot i que s'ha reconegut àmpliament que les EMN tenen un fort impacte social, mediambiental i econòmic, i que fins i tot s'ha afirmat que ostenten una responsabilitat compartida amb l'Estat, el problema de la seva regulació en el context internacional encara segueix vigent, en especial en relació amb el Dret Internacional dels Drets Humans. Davant d'aquest escenari, aquest treball ha establert que les limitacions tècniques en el disseny d'obligacions per al control de la conducta de les EMN es poden superar. Així, per fer front als desafiaments que plantegen aquestes empreses, la Responsabilitat Social Empresarial (RSE) s'ha establert com una solució alternativa complementària a l'àmbit purament jurídic. Aquesta primera anàlisi, ha mostrat que, tot i que encara existeixen corrents intel·lectuals i acadèmiques que consideren la RSE com un aspecte fora de l'àmbit legal, a l'actualitat, ja no es pot eludir l'existència d'una estreta vinculació entre aquestes eines i el desenvolupament actual del Dret.

Per tal de delimitar les iniciatives d'RSE objecte d'estudi, aquesta investigació ha centrat la seva anàlisi en les empreses del sector dels hidrocarburs. D'aquesta manera, el primer pas ha estat identificar els riscos més significatius pels drets humans derivats de la seva activitat. L'objectiu ha estat analitzar si els principals instruments d'RSE sectorials estan fent front a aquests riscos. Tot i que encara quedi un llarg camí per recórrer, una primera anàlisi ha mostrat que aquestes empreses han començat a adoptar compromisos dirigits a eliminar o minimitzar alguns dels desafiaments plantejats. Entre les iniciatives detectades, s'ha examinat, de manera exhaustiva, la Iniciativa de Transparència a la Indústria Extractiva (EITI, per les sigles en anglès), la missió de la qual és fomentar la transparència i millorar la rendició de comptes. D'aquesta manera, es presenta com un instrument que juga un paper substantiu per abordar la corrupció. Així, en primer lloc, el seu estudi, a través dels compromisos adoptats per part de dos països adherits a l'EITI, Nigèria i Colòmbia, ha permès afirmar que, a poc a poc, la seva implementació està modelant la normativa aplicable al sector en els països que implementen l'Estàndard. D'altra banda, aquest estudi, juntament amb l'examen global de l'EITI, ens ha permès entendre que poden existir desafiaments que limitin la seva missió inicial. Aquesta idea ens ha fet introduir un nou enfocament, que juntament amb els mecanismes propis de l'Estàndard, ajudi l'EITI a promoure la millora de la transparència i la rendició de comptes. És a dir, la promoció del dret d'accés a la informació com a mecanisme essencial per assegurar el compliment de les disposicions de divulgació. Per enfortir aquesta idea, també s'ha incidit en la necessitat de que l'EITI no només segueixi promovent la participació de les parts interessades i involucrades a l'EITI, sinó també que fomenti el dret de participació d'altres actors per assegurar espais de diàleg. D'aquesta manera, s'ha conclòs que la configuració actual de l'Estàndard no presentaria limitacions a aquest enfocament i que els grups multipartípics i els plans de treball esdevenen les eines adequades per a aquest impuls a nivell nacional.

ABSTRACT

International relations have undergone significant changes in recent decades, largely due to the proliferation of non-state actors (among others, multinational companies -MNCs-) that act in an international legal order still defined for States. Even though, it has been widely recognized that MNEs have a strong social,

environmental, and economic impact, and it has even been affirmed that they bear a shared responsibility with the State, the problem of their regulation in the international context remains under debate, especially in relation to International Human Rights Law. In this scenario, this investigation has started from the basis that the technical limitations in the design of obligations to control the conduct of MNEs can be overcome. Thus, to face the challenges posed by these companies, Corporate Social Responsibility (CSR) has been analyzed as a complementary alternative solution to the purely legal field. Although it has been observed that there are still intellectual and academic trends, which consider CSR as an issue outside the legal field, this research has also shown that, at present, the existence of a close link between these tools and the current development of the Law, cannot be eluded.

In order to delimit CSR initiatives under study, this research has focused its study on companies in the hydrocarbons sector. In this way, the first step has been to identify the most significant risks for human rights derived from its activity. The objective has been to analyze whether the main sectorial CSR tools are coping with these risks. Although there is still a long way to go, an initial analysis has shown that these companies have begun to adopt commitments aimed at eliminating or minimizing some of the challenges raised. Among the initiatives detected, the Extractive Industry Transparency Initiative (EITI) has been thoroughly examined (a global Standard whose mission is to foster transparency and enhance accountability. Thus, it is presented as an instrument that plays a substantive role in addressing corruption). Consequently, in the first place, the study, through the commitments adopted by two countries adhering to the EITI, Nigeria and Colombia, has allowed us to sustain that its implementation gradually would be shaping the regulations applicable to the sector in the implementing countries of the Standard.

However, this analysis, together with the global review of the EITI, has led us to understand that there may be challenges that limit its initial mission. This idea has led us to introduce a new approach that, together with the Standard's own mechanisms, may help the EITI to promote improved transparency and accountability. That is, the promotion of the right of access to information as an essential mechanism to ensure compliance with disclosure provisions. To strengthen this idea, emphasis has also been placed on the need for the EITI not only to continue promoting the participation

of the parties interested and involved in the EITI, but also to promote the right of participation of other actors to ensure spaces for dialogue. Thus, it has been concluded that the current configuration of the Standard would not present limitations to this approach, and that the multi-stakeholder groups and the Work Plans become the appropriate tools for this impulse at the national level.

ABREVIATURAS

ANH	Agencia Nacional de Hidrocarburos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CDP	Carbon Disclosure Project
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIPG	Comité de Implementación de Petróleo y Gas
CP	Código Penal
CPL	Constitución Política
DESC	Derechos económicos sociales y culturales
DFID	Department for International Development
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
EBDH	Enfoque basado en los derechos humanos
ECOSOC	Consejo Económico y Social
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional
EITI	Iniciativa de Transparencia en la Industria Extractiva
EMN	Empresa multinacional
EPIL	Encyclopaedia of Public International Law
ESG	Environmental, Social and Governance
FSB	Financial Stability Board
GEI	Gases de efecto invernadero
GRI	Global Reporting Initiative
ICMM	Consejo Internacional de Minería y Metales
IFC	Corporación Financiera Internacional del Banco Mundial
IDE	Inversión directa en el exterior
IDH	Índice de Desarrollo Humano
INB	Ingreso nacional bruto per cápita
IOC	International Oil Companies
IPIECA	Asociación de la Industria Petrolera Internacional para la Conservación del Medio Ambiente
ISO	Organismo Internacional de Estandarización

LCSP	Ley de Contratos del Sector Público
LGS	Ley General de Subvenciones
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
MINTIC	Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones
NEITI	Nigeria Extractive Industry Transparency Initiative
NNPC	Nigerian National Petroleum Corporation
NOC	National Oil Companies
NOEI	Nuevo Orden Económico Internacional
NSWG	National Stakeholders' Working Group
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
ODM	Objetivos de Desarrollo del Milenio
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible
OEA	Organización de los Estados Americanos
OEIGWG	Open-Ended Intergovernmental Working Group
OGRC	Comité de Reforma de Petróleo y Gas
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OOII	Organizaciones internacionales
OPEP	Organización de Países Productores de Petróleo
PD	Países desarrollados
PDP	People's Democratic Party
PEIB	Petroleum Industry Bill
PHCB	Petroleum Host Community Bill
PHVA	Planificar, Hacer, Verificar, Actuar
PIAB	Petroleum Industry Administration Bill
PIB	Producto Interno Bruto
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PIFB	Petroleum Industry Fiscal Bill
PIGB	Petroleum Industry Governance Bill
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PNB	Producto Nacional Bruto
PNPG	Política Nacional del Petróleo y Gas
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo

PO	Principios Operativos
PRI	Principios de las Naciones Unidas para la Inversión Responsable
PVD	Países en vías de desarrollo
PYME	Pequeñas y medianas empresas
RAE	Real Academia Española de la Lengua
RGI	Resource Governance Index
RSC	Responsabilidad Social Corporativa
RSE	Responsabilidad social Empresarial
SPG	Sistema de Preferencias Generalizadas
TCFD	Task Force on Climate-related Financial Disclosures
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLCSP	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UNEP	United Nations Environment Programme
UNCTC	Centro Naciones Unidas sobre las Empresas Transnacionales
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
VPs	Principios Voluntarios

LISTA DE GRÁFICOS E ILUSTRACIONES

GRÁFICOS

Gráfico 1.1 Gasto (% del PIB)

Gráfico 1.2 Recaudación impositiva (% del PIB)

Gráfico 1.3 Evolución del consumo mundial de combustibles fósiles a largo plazo

Gráfico 1.4 Demanda de petróleo por región y escenario, 2018-2040

Gráfico 1.5 Fuentes de ingresos EITI 2020

Gráfico 1.6 Contribuciones 2010-2020

Gráfico 1.7 Gasto EITI según función, 2020/2019/2018

Gráfico 1.8 Gastos del EITI según tipo, 2020/2019/2018

Gráfico 1.9 Progreso de mejoras de conformidad con la Validación

Gráfico 1.10 Puntuación general de los componentes evaluados 2017

Gráfico 1.11 Puntuación de los subcomponentes evaluados 2017

Gráfico 1.12 Worldwide Governance Indicators (Nigeria)

Gráfico 1.13 Índice de Desarrollo Humano de Nigeria

Gráfico 1.14 Índice de Desarrollo Humano de Noruega vs Nigeria

Gráfico 1.15 Puntuación general de los componentes evaluados 2017

Gráfico 1.16 Puntuación de los subcomponentes evaluados 2017

Gráfico 1.17 Worldwide Governance Indicators (Colombia)

Gráfico 1.18 Índice de Desarrollo Humano Colombia

Gráfico 1.19 Índice de Desarrollo Humano de Noruega vs Colombia

ILUSTRACIONES

Ilustración 1.1 Distribución de reservas probadas en 1998, 2008 y 2018

Ilustración 1.2 Producción y consumo por región

Ilustración 1.3 La energía en el mundo

Ilustración 1.4 Estructura de la industria de petróleo y gas

Ilustración 1.5 Impacto de las Industrias Extractivas sobre los ODS

Ilustración 1.6 Temas prioritarios: industrias extractivas y ODS

Ilustración 1.7 Países productores de petróleo en el mundo

Ilustración 1.8 Alcance global EITI 2020

Ilustración 1.9 Territorios de los pueblos indígenas en Colombia 2017

Ilustración 1.10 Mapa de tierras

Ilustración 1.11 Mapa global de calificación del derecho a la información 2019

Ilustración 1.12 Índice de transparencia departamental

Ilustración 1.13 Estructura de ejes, objetivos, estrategias y acciones. Plan de Acción Nacional de EITI. 2020 – 2023

Ilustración 1.14 Portales de datos abiertos en todo el mundo

TABLAS

Tabla 1.1 Comparativa entre los Principios Rectores, la ISO 9001 y la ISO 14001

Tabla 1.2 Valoración del derecho a la información Nigeria

Tabla 1.3 Valoración del derecho a la información Colombia

Tabla 1.4 Estado de implementación del EITI en los países implementadores

Tabla 1.5 Resultados de la primera Validación de Nigeria 2016

Tabla 1.6 Resultados de la primera Validación de Nigeria 2018

Tabla 1.7 Resultados de la primera Validación de Colombia 2018

Tabla 1.8 Leyes sobre la transparencia y el derecho de acceso a la información en los países del EITI

Tabla 1.9 Coeficiente de desigualdad humana Nigeria vs Noruega

Tabla 1.10 Coeficiente de desigualdad humana Colombia vs Noruega

Tabla 1.11 Países EITI que han adoptado Políticas de Datos Abiertos

INTRODUCCIÓN

El orden internacional ha experimentado cambios en su disposición en las últimas décadas, en parte, debido a la aparición y proliferación de actores no estatales, como grupos armados, organizaciones no gubernamentales, instituciones financieras o empresas multinacionales¹, los cuales actúan dentro de un ordenamiento jurídico que todavía está definido para los Estados. No obstante, en el contexto de la globalización, el Derecho continúa enfrentándose a importantes desafíos, como el que aquí nos preocupa, el proporcionar respuestas que contribuyan a garantizar la protección efectiva de los derechos de las personas frente a la actuación de las empresas multinacionales.

Como es sabido, “los derechos humanos fueron creados para evitar la comisión de arbitrariedades por parte de los Estados en perjuicio de la población que se encuentra bajo su jurisdicción. Sin embargo, en la actualidad, esta protección se ha ampliado, y los Estados no sólo deben abstenerse de violar estos derechos, sino que también deben salvaguardar los derechos de su población frente a la acción de los actores privados”². Sin embargo, en la actualidad se sigue sosteniendo no sólo que el enfoque clásico del Derecho Internacional, y en concreto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sigue presentando limitaciones y desafíos a la hora de establecer a las empresas como sujetos directos³, sino que también las leyes nacionales son inadecuadas como herramienta para controlar a las empresas multinacionales, en cierto modo debido a limitaciones territoriales.

Teniendo en cuenta esta tesitura, esta investigación está de acuerdo con el planteamiento de que la progresiva adquisición de derechos por parte de las empresas evidencia que las limitaciones técnicas en el diseño de obligaciones para el control de la conducta de las EMN pueden superarse⁴. Un planteamiento, que se ha visto

¹ Véase, entre otros: López-Jacoiste Díaz, Eugenia, “Los actores no estatales internacionales a la luz del derecho internacional: el caso de las empresas transnacionales” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, núm. 2, 2019, pp. 194-229; Ssenyonjo, Manisuli, “The Applicability of International Human Rights Law to Non-State Actors: What Relevance to Economic, Social and Cultural Rights?” en *The International Journal of Human Rights*, Vol. 12, núm. 5, 2008, pp. 725-760.

² Kinley, D. y Tadaki, J., “From talk to walk. The emergence of human rights responsibilities for corporations at International law”, en *Virginia Journal of International Law*, Vol 44:4, 2003-2004, citado en Salmón, Elizabeth, “Mecanismos de reparación en el ámbito del sistema interamericano por violaciones de derechos humanos cometidos por empresas multinacionales: la responsabilidad estatal y la construcción de medidas reparatorias” en *Revista de Estudios Jurídicos* núm. ° 12, 2012, p. 2

³ Olufemi Amao, *Corporate Social Responsibility, Human Rights and the Law. Multinational corporations and developing countries*, Ed. Routledge, 2011, p. 1.

⁴ Véase por ejemplo, Martín Ortega, Olga, *Empresas multinacionales y derechos humanos en derecho internacional*, Barcelona, Bosch, 2007, p. 309.

reforzado por la gran influencia que estas tienen a nivel global, así como por su impacto en la sociedad y en el medioambiente, y que ha provocado que las miradas se intensifiquen hacia ellas como entidades que ostentan una responsabilidad compartida con el Estado⁵ de manera complementaria. Esta afirmación empezó a plantear la cuestión de cómo y quién debía configurar esa responsabilidad.

En este escenario, la comunidad internacional, con Naciones Unidas como principal promotora, ha venido centrando sus esfuerzos desde la década de los noventa, momento en que la cuestión de las empresas y los derechos humanos entró definitivamente en la agenda política mundial⁶. Las Normas sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, elaboradas por un órgano subsidiario de expertos de la antigua Comisión de Derechos Humanos, fue una de las primeras iniciativas impulsadas por Naciones Unidas⁷, y se entiende como uno de los antecedentes inmediatos de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de Naciones Unidas (marco que ha sido considerado pionero y ha constituido el fundamento de otros esfuerzos gubernamentales para definir la responsabilidad social de las empresas⁸).

De este modo, poco a poco, se fue reconociendo la responsabilidad de las empresas, tanto a nivel medioambiental como social, lo que provocaría el impulso del concepto de Responsabilidad Social Empresarial (RSE). Un enfoque encaminado a ayudar a las empresas a adoptar decisiones sobre su gestión empresarial teniendo en cuenta sus impactos sociales y medioambientales, y no sólo los resultados económicos. Así, comenzaría un intenso trabajo de desarrollo de instrumentos a través de los cuales se definirán sus responsabilidades y se establecerán pautas de conducta y criterios para regir su actividad.

⁵ Sánchez, Víctor M, “Hacia un entendimiento de la RSE del S. XXI: de Friedman a J. Ruggie” en Víctor M. Sánchez, *Sostenibilidad, competitividad e innovación. Retos y oportunidades para la Responsabilidad Social Empresarial*, Huygens Editorial, Barcelona, 2013, p. 62.

⁶ *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, Doc. ONU, A/HRC/17/31, de 21 de marzo de 2011, p. 3.

⁷ Consejo Económico y Social, *Comisión de Derechos Humanos, Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*, DOC ONU E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, de 26 de agosto de 2003.

⁸ Márquez Carrasco Carmen, “El Plan Nacional de España sobre empresas y derechos humanos y la implementación de los pilares proteger, respetar y remediar: oportunidades y desafíos” en Carmen Márquez Carrasco (ed), *España y la implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y derechos humanos: oportunidades y desafíos*, Huygens ed, Barcelona, 2014, pp. 31-32.

Dicho lo anterior, el presente trabajo se centra de manera específica en el estudio general de la RSE, desde el ámbito del Derecho, y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como herramienta de regulación, en particular de las empresas del sector del gas y el petróleo⁹. Es preciso resaltar que ha existido una tendencia generalizada a relacionar la RSE de forma exclusiva con las grandes empresas y con las empresas multinacionales, debido a su poder e influencia. Sin embargo, se ha de hacer énfasis en que la responsabilidad social de la empresa no debe entenderse como algo ajeno al resto de empresas, habida cuenta de que toda empresa, pequeña, mediana o grande¹⁰, tenga carácter público o privado, tiene un impacto tanto a nivel social como ambiental.

También es preciso mencionar que desde su origen la RSE ha parecido estar desvinculada del ámbito jurídico por parte de aquellos que pretenden ser socialmente responsables. En particular, la RSE ha llegado a ser entendida como algo conveniente para las empresas ya que las separa de la regulación¹¹. Muestra de ello, es la inicial ausencia de estudios desde el campo del Derecho, abundando, en cambio, en otras áreas como la economía o la filosofía. Un desinterés que ha sido justificado por razones como la insuficiente delimitación de la figura o, por la imprecisa conformación del supuesto de hecho, así como por su carácter voluntario, que, desde una perspectiva clásica del Derecho, llevaría a situarla extramuros del ordenamiento jurídico¹². Sin embargo, se ha de esclarecer que un determinado hecho o práctica social no puede considerarse como metajurídico por el simple hecho de no derivarse de un mandato normativo¹³. De este modo, en las últimas décadas esta tendencia se ha empezado a revertir y los juristas han mostrado un mayor interés por la materia¹⁴.

⁹ Este trabajo va a centrar su análisis en las empresas que operan en el sector extractivo, y en concreto en aquellas que centran sus actividades en la industria de los hidrocarburos. Sin embargo, en especial, en el Capítulo 2, a la hora de conceptualizar la RSE, se utilizará el término empresa para hacer referencia a cualquier empresa con independencia del sector, y con indiferencia si se trata de una EMN o de una pequeña o mediana empresa.

¹⁰ En general los inicios de la RSC prestaban poca atención a la pequeña y mediana empresa. En cambio, estas ocupan un gran porcentaje del sector privado. Por ejemplo, en España, según datos del Ministerio de Trabajo y, Migraciones y Seguridad Social en marzo de 2019 estas empresas constituían nada menos que el 99,8% del tejido empresarial español, generando el 65,9% del empleo. Esto las convierte en el auténtico motor de la economía española. Por lo tanto, no parece descabellado afirmar que se debería profundizar más en el estudio de las mismas. Disponible en, Ministerio de Trabajo y, Migraciones y Seguridad Social: <https://revista.seg-social.es/tag/ministerio-de-trabajo-migraciones-y-seguridad-social/>. Recuperado en marzo de 2021.

¹¹ Olufemi Amao, *op.cit.*, p. 1.

¹² Embid Irujo, José Miguel y del Val Talens, Paula, *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*, Colección Derecho Privado, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado Madrid, 2016, pp. 21-22.

¹³ *Ibidem*, p. 23.

¹⁴ Véase por ejemplo, entre otros: Muchlinski T., Peter, "Human Rights and Multinationals: Is there a Problem?" en *International Affairs*, Vol 77, Issue 1, 2001, pp. 31-47. 31-48; Dine, Janet, *Companies, International Trade and Human Rights*, Cambridge University Press, 2005; Bantekas, I, "Corporate Social Responsibility in International Law" en *Boston University International*

En este sentido, por un lado, se ha observado una tendencia legislativa a impulsar leyes sobre la RSE¹⁵, y por el otro lado, se ha evidenciado el nacimiento de efectos jurídicos debido a la integración de esta en los sistemas de gestión de las empresas. De este modo, ¿lo anterior no estaría demostrando que se podría estar perdiendo su principal característica, es decir, la voluntariedad, y, por consiguiente, haciendo más evidente la ineludible relación entre lo legal y la responsabilidad social?

Por otro lado, este trabajo enfoca su estudio de manera particular en el sector extractivo¹⁶. Varios son los motivos que han motivado la elección de esta industria. Por un lado, se destacan los desafíos de gobernabilidad que presentan las empresas del sector, así como los riesgos directos que sus actividades pueden causar sobre los derechos humanos y el medioambiente. Teniendo en cuenta lo anterior, se ha observado que esta mala gobernabilidad parece dificultar el impacto positivo que estos recursos podrían tener en el desarrollo económico y social de los países productores, y por consiguiente en el disfrute de algunos derechos. Por otro lado, la decisión ha estado motivada por tratarse de un sector con una significativa relevancia a nivel jurídico, político y estratégico, que, a pesar del auge de las energías renovables, todavía se espera continúe creciendo en los próximos años¹⁷. Finalmente, se ha de matizar, que esta investigación ha hecho especial énfasis en el análisis de las empresas cuyas actividades se centran en la extracción de los hidrocarburos, ya que cada uno de los sectores extractivos (minerales, gas y petróleo) tiene unas características concretas que presentan desafíos diferentes a los responsables políticos.

De este modo, con el fin de superar la actual problemática sobre la regulación, ante la creciente demanda de la sociedad para que las empresas se responsabilicen de los

Law Journal, Vol 22, pp. 309-347; McBarnet, Doreen, Voiculescu, Aurora y Campbell, Tom (ed), *The New Corporate Accountability. Corporate Social Responsibility and the Law*, Cambridge University Press, 2007; Zerk, Jennifer A, *Multinationals and Corporate Social Responsibility. Limitations and Opportunities in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

¹⁵ Véase en especial el Capítulo 2.

¹⁶ La empresa extractiva es aquella cuyas actividades están dirigidas a la extracción de materias primas procedentes de la tierra (como el petróleo, los metales o los minerales y agregados), a su posterior procesamiento y final utilización por parte de los consumidores. Sigam, Claudine y Garcia, Leonardo, *Extractive Industries: Optimizing Value Retention in Host Countries*, UNCTAD, Ginebra, 2012, p. 3.

¹⁷ Unos intereses que se entrelazan, como veremos, con grandes desafíos en las regiones en las que opera (a nivel ambiental y social). A menudo se trata de zonas geográficas de gran importancia bioclimática y biodiversidad y que se encuentran pobladas por comunidades indígenas. Asimismo, esta industria en muchas ocasiones desarrolla sus actividades en Estados con claros déficits de gobierno: ausencia de instituciones democráticas, baja calidad del Estado de Derecho, escasa preocupación por los Derechos Humanos, altos índices de corrupción pública, debilidad de las políticas sociales básicas (salud, empleo, educación, orden público), etc. Esta tesis conlleva a que la sociedad haya aumentado su interés por conocer las implicaciones sociales, ambientales y económicas de las empresas del sector del gas y el petróleo. Véase el Capítulo 3. En este capítulo se determinan los principales desafíos que presenta la industria de los hidrocarburos.

impactos de sus operaciones, y siendo conscientes de los riesgos vinculados a la industria extractiva, las empresas del sector de los hidrocarburos, igual que otros sectores, se han ido dotando de herramientas que las guíen en el desarrollo de sus operaciones con el propósito de eliminar o minimizar sus impactos sociales y medioambientales. Debido a su especial relevancia a nivel global, y a la significativa vinculación entre la gestión de los recursos naturales, los gobiernos y las empresas extractivas, esta investigación se ha focalizado de manera exhaustiva en la Iniciativa de Transparencia en la Industria Extractiva (EITI). Una herramienta, cuyo objetivo global se centra en promover la mejora de la transparencia y la rendición de cuentas, fomentando así una gestión abierta y responsable de los recursos extractivos.

Por todo ello, la pregunta principal que se ha planteado este estudio, desde una perspectiva jurídica, es ¿en qué medida la implementación de las iniciativas de RSE, y en particular el EITI, están teniendo un impacto en el marco normativo de los países? Por otro lado, también se ha planteado si ¿estas iniciativas, en su desarrollo, han tenido en cuenta los desafíos y riesgos que presenta la industria?, y por consiguiente, ¿si contribuyen a mejorar la gobernanza del sector, y en concreto, si ayudan a asegurar el respeto de los derechos humanos?

Así, desde el ámbito teórico académico, este trabajo tiene como objetivo central, i) confirmar el debate latente sobre la personalidad jurídica de las EMN en el derecho internacional; ii) precisar el significado de la RSE; iii) establecer las relaciones existentes entre los Principios Rectores y la RSE; iv) demostrar la relevancia de la RSE para el derecho y el nacimiento de los efectos jurídicos; y v) determinar si las principales iniciativas de RSE adoptadas por las empresas del sector de los hidrocarburos abordan los principales riesgos del sector, y por lo tanto, ver si efectivamente pueden promover de manera eficaz el respeto y la protección de los derechos humanos en general, o de derechos concretos, como es el caso del derecho de participación o el derecho de acceso a la información.

De acuerdo con todo lo anterior, en primer lugar, se parte de la base de que los recursos naturales, bien administrados, pueden llegar a ser una fuente para el desarrollo de un país. En segundo lugar, se asume que las empresas deben cumplir con sus obligaciones jurídicas, es decir con el derecho vigente en materia de medio ambiente, anticorrupción, derechos humanos, con independencia de la capacidad del

Estado de perseguir las conductas contrarias a su sistema normativo¹⁸. De este modo, ante los problemas que presenta tanto la regulación nacional como la regulación internacional, se plantea la hipótesis de que la RSE en general, y las diferentes iniciativas que la desarrollan junto a los códigos de conducta, aparecen como una posible respuesta a los desafíos planteados a nivel jurídico, y en particular, en relación con la protección, el respeto y la realización de los derechos humanos. Finalmente, se acaba afirmando, que los instrumentos de RSE estarían transformando los marcos normativos y creando cada vez más efectos jurídicos, lo que se acaba traduciendo, en una modificación de la propia naturaleza de la RSE.

Como se ha expresado anteriormente, el objeto de estudio no tiene cabida únicamente en el ámbito jurídico, sino todo lo contrario, se trata de una materia que debido a su carácter multidisciplinar es abordada desde diferentes perspectivas, en especial desde un punto de vista económico o ético. Si bien cada vez más la perspectiva legal está ganando terreno. De este modo, la metodología utilizada en esta investigación pretendía ser predominantemente jurídica, sin embargo, el carácter inicialmente voluntario, y la intervención de actores no gubernamentales en su desarrollo, ha requerido recoger las posiciones de otros actores como la sociedad civil, las asociaciones empresariales o sectoriales, etc. Así, el objeto que nos ocupa nos ha dirigido a determinar los riesgos que se dependen de la actuación de las empresas multinacionales con el fin de analizar cómo se están adecuando las empresas, y cómo esta actividad está impactando en el ordenamiento jurídico. En otras palabras, nos encontramos en una sociedad dinámica y cambiante, por ello es esencial descubrir si existen soluciones alternativas al ámbito puramente jurídico que sean adecuadas a los problemas planteados, y, en todo caso, cómo estas nuevas herramientas están incidiendo en el desarrollo del Derecho.

De este modo, a través del método deductivo, se ha analizado si el Derecho Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos pueden adaptarse a los nuevos retos que presenta la sociedad actual con el fin de garantizar la protección de los individuos ante las actividades de las empresas multinacionales. Se ha

¹⁸ Sánchez, Víctor M, *Hacia un entendimiento...op. cit.*, p. 66.

concluido que todavía existen limitaciones y que no se ha desarrollado normativa específica sobre la cuestión. Esto ha permitido deducir la necesidad de seguir otras vías, no jurídicamente vinculantes, que permitan garantizar esa protección de forma inminente hasta que, en todo caso, no se desarrollen los correspondientes instrumentos legales. A pesar de ello, su análisis ha permitido concluir que esta limitación no es insalvable. Por un lado, las empresas multinacionales han venido adquiriendo una serie de derechos y obligaciones en el ámbito internacional. Por otro lado, la idea de que éstas tienen una responsabilidad compartida también constituye la base para justificar la necesidad de que estas se involucren en materia de derechos humanos. Por consiguiente, no se trata de relegar al derecho sino de jugar entre lo legal y la voluntariedad.

Por otro lado, este estudio se ha centrado en analizar la iniciativa del EITI con el fin de deducir si esta puede producir un impacto en el marco normativo de un país implementador y contribuir a mejorar la gobernanza del sector y la realización de los derechos humanos. A su vez, el método inductivo, a través del análisis de los informes EITI y los informes de Validación, así como a través de un análisis comparativo entre los casos de Nigeria y Colombia, ha permitido llegar a conclusiones generales sobre el impacto normativo y su contribución en la mejora de la gobernanza desde la perspectiva de los derechos humanos. Asimismo, este análisis también ha mostrado que es necesario llevar a cabo estudios futuros a nivel de país para examinar el impacto real del EITI de manera específica. Es decir, el análisis comparativo no permite llegar a conclusiones aplicables a cada país implementador.

Por otro lado, a través del método exegético (a través de los elementos gramaticales y semánticos) se ha examinado el sentido literal del texto del EITI. Este análisis ha ofrecido una visión general de algunos desafíos y limitaciones en la materia que podría abrir las puertas a desarrollar futuras recomendaciones que aborden una mejora de sus disposiciones, en especial, desde la perspectiva del Derecho Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En consonancia con el método empleado y de conformidad con el objeto de estudio de esta investigación, este estudio se ha basado en las siguientes fuentes:

Por un lado, se han analizado las fuentes primarias: Convenios y Tratados, en especial los Tratados Internacionales Universales en materia de derechos humanos, Tratados de derechos humanos de la Unión Europea, instrumentos normativos del Sistema Interamericano de derechos humanos y de la Unión Africana. Por otro lado, se ha analizado la correspondiente normativa nacional aplicable al sector de las empresas extractivas del gas y el petróleo, las leyes relativas a la transparencia y el acceso a la información, así como la legislación nacional que está dando impulso a la RSE. Finalmente, cuando ha sido pertinente, con el fin establecer un modelo comparativo para el EITI, se ha interpretado analógicamente la legislación española. También han sido objeto de estudio, la jurisprudencia internacional y nacional vinculada con la materia.

Del mismo modo se han estudiado Resoluciones y Declaraciones aprobadas por Naciones Unidas, así como los informes aprobados por los Relatores Especiales o las Observaciones aprobadas por los correspondientes Comités. Igualmente, se han considerado las fuentes provenientes de otras organizaciones, tales como, la Organización Internacional del Trabajo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, el Banco Mundial, la Organización Mundial del Comercio, etc.

Por otro lado, para el análisis de los instrumentos que pretenden impulsar la Responsabilidad Social Empresarial, se han utilizado los documentos desarrollados por las propias iniciativas, y toda aquella información ubicada en la Red. Asimismo, en particular, en relación con el estudio del EITI, se han tenido en cuenta los informes producidos por los países implementadores y el propio EITI. Todos ellos han sido obtenidos a través de Internet.

También, se han observado otras fuentes como informes, declaraciones, resoluciones aprobadas en determinados Foros, o recomendaciones de organizaciones no gubernamentales, etc. Igualmente, han enriquecido profundamente esta investigación los artículos y monografías elaborados por la doctrina acerca del tema objeto de estudio. Finalmente, no puede obviarse la valiosa información obtenida a través de entrevistas con personas trabajadoras del EITI en Noruega, del EITI Colombia y del EITI Nigeria.

Teniendo en cuenta la anterior metodología, esta investigación presenta limitaciones en su desarrollo.

En primer lugar, en cuanto al tamaño de los casos analizados, si bien se ha tenido en cuenta una amplia muestra de informes de los países implementadores del EITI, el principal análisis se ha llevado a cabo a partir de los casos de Nigeria y Colombia. En este sentido, cabe reiterar, que esto ha mostrado que, aunque puedan determinarse unas conclusiones generales, es conveniente analizar país por país con el fin de conocer el impacto real de la implementación a nivel nacional.

La elección de estos dos países ha respondido a varios factores. En primer lugar, se ha considerado pertinente la elección de dos países ubicados en diferentes continentes donde la actividad extractiva presenta los riesgos característicos de estas operaciones¹⁹. En segundo lugar, se han seleccionado dos países altamente dependientes del sector de los hidrocarburos. En tercer lugar, se han querido analizar dos países que, habiendo alcanzado un grado de progreso satisfactorio en la implementación del EITI, presentan unos índices muy dispares en relación con el nivel de transparencia, la situación política, el estado de la gobernanza, el estado de los derechos humanos o la libertad de información. Unos factores, que se ha entendido, tendrán un impacto directo en el proceso de implementación del EITI. Como se observará, las diferentes características de cada Estado pondrán de manifiesto una diversidad de necesidades que marcarán las peculiaridades de cada proceso de implementación del EITI. En este sentido, cabe señalar que, Colombia ha sido realzada por sus logros en la materia gracias a un alto nivel de compromiso gubernamental y por las reformas legales y mejoras institucionales emprendidas en paralelo al proceso de implantación del EITI²⁰. Nigeria por su lado, ha sido considerada como el mejor país implementador, llegando incluso a ganar un premio por su proceso por parte del EITI (fue el mejor votado de entre los 39 países que en ese momento eran países implementadores²¹).

¹⁹ *Vide infra*, Capítulo 3.

²⁰ Para más información véase Cruz Vieyra, Juan, *Gobernanza con transparencia en tiempos de incertidumbre. Mejores prácticas y apuestas estratégicas para el sector extractivo*, Banco Interamericano de Desarrollo, 2019.

²¹ NEITI, News: Nigeria wins best EITI implementing country award. Disponible en <https://www.neiti.gov.ng/index.php/media-center/news/127-nigeria-wins-best-eiti-implementing-country-award#:~:text=Nigeria%20has%20won%20the%20best,global%20Extractive%20Industries%20Transparency%20Initiative>. Recuperado en junio de 2021.

A pesar de todo lo anterior, se ha de tener en cuenta que los motivos que llevan a los países a adoptar el EITI, no son comparables. Cada país tiene unas peculiaridades y unos desafíos diferentes. En Nigeria, se observa una falta total de transparencia y una necesidad inminente de llevar una reforma total del sector del petróleo y el gas. En América Latina, la mayoría de los datos ya son públicos y existe una mayor transparencia, como es el caso de Colombia. Sin embargo, el país se ha caracterizado por una fuerte debilidad institucional que ha terminado por desembocar en escándalos de corrupción e ineficiencia de algunas de las instituciones, así como también por la necesidad de reforzar el papel de la ciudadanía y de los actores sociales afectados o involucrados en la actividad extractiva²². Si bien, se ha observado que un aspecto que ha generado especial interés es la transparencia en relación con las regalías, la participación ciudadana y la rendición de cuentas en el sector extractivo, así como la gestión del gasto público ambiental, tal y como quedó demostrado en el Plan de Acción de Colombia 2014-2015 y en el de 2015-2017 de *Open Government Partnership*²³.

En segundo lugar, en relación con el estudio del EITI, se ha indicado que en ciertas ocasiones no se ha podido obtener una determinada información, por no estar disponible ni en la web del EITI ni en los portales de los países implementadores.

En tercer lugar, un estudio de campo habría permitido conocer mejor la realidad del país implementador, en nuestro caso Nigeria y Colombia, en especial, respecto a la situación de la ciudadanía en relación con el derecho de participación, el derecho a la información y otros derechos. En ocasiones, parece que la comparación entre los documentos producidos por el EITI o los propios Estados no coincide con la información recogida por las organizaciones no gubernamentales.

En cuarto lugar, el EITI es una iniciativa en constante evolución. Esto implica que en la actualidad, al concluir esta tesis, podrían existir aspectos nuevos que esta tesis

²² Velásquez Carrillo, Fabio E. (coord.), *El sector extractivo en Colombia*, Fundación Foro Nacional por Colombia, 2011, pp. 24, 29.

²³ Open Government Partnership, *Iniciativa de Regalías y Transparencia Industrias Extractivas: EITI (CO0025), Plan de Acción de Colombia 2014-2015*. Disponible en: <https://www.opengovpartnership.org/es/members/colombia/commitments/CO0025/>. Open Government Partnership, *Participación ciudadana y rendición de cuentas en el sector extractivo (CO0040), Segundo Plan de Acción, 2015-2017*. Disponible en: <https://www.opengovpartnership.org/es/members/colombia/commitments/CO0040/>. Recuperado en mayo de 2021.

no haya podido tener en cuenta, tanto en relación con el contenido como respecto el número actual de países implementadores.

Por último, se procede a explicar la sistemática seguida en este trabajo de investigación. Éste se divide en cuatro capítulos.

El Capítulo I, “Las empresas multinacionales como actores de la globalización en el Derecho Internacional”, pretende establecer una aproximación conceptual del principal objeto de estudio, es decir las empresas, con especial hincapié en las empresas multinacionales como actores principales de la globalización. El propósito es delimitar sus características esenciales, así como su rol dentro del contexto de la globalización. En segundo lugar, debido a su condición de actor no estatal en las relaciones internacionales con un amplio poder de facto y cuyas actividades pueden afectar, positivamente pero también negativamente, a las personas y sus derechos humanos, se reflexiona sobre el estatus legal de las empresas en el ámbito internacional y, sobre su cabida dentro del Derecho Internacional. Aunque todavía persisten discrepancias globales sobre esta cuestión, se parte de la idea de que la progresiva adquisición de derechos bajo el Derecho Internacional debe ir acompañada de la adquisición de obligaciones y deberes. Sin embargo, las limitaciones y desafíos que todavía persisten en la actualidad plantean la conveniencia de examinar si otras herramientas no jurídicamente vinculantes pueden regular de manera efectiva las actividades empresariales a la vez que ser coherentes con los estándares internacionales. Esta idea nos dirige al segundo capítulo, el cual se centra en la concepción de la Responsabilidad Social Empresarial y su vinculación con el Derecho.

El Capítulo II, “El rol del Derecho en la Responsabilidad Social de la Empresa”, tiene por objeto estudiar detalladamente la evolución del concepto de RSE y las diferentes posturas, habida cuenta de que se trata de un concepto altamente controvertido. De este modo, se expone la existencia de una diversidad de acepciones, las cuales han ido evolucionando en virtud de quien las define. En este sentido, esta investigación ha adoptado su propia concepción del término.

Asimismo, este Capítulo también se centra en la relevancia que este concepto alcanza para la protección de los derechos humanos, teniendo en cuenta la asumida afirmación de que las EMN operan en lo que ha sido descrito como un “vacío entre leyes nacionales ineficaces y leyes internacionales inexistentes o no aplicables²⁴”. Para ello, se examina el papel de Naciones Unidas, así como el trabajo del que fue el Representante Especial del Secretario General para los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales, el profesor John Ruggie.

Finalmente, el análisis de la RSE muestra que ya no puede obviarse su relevancia a nivel jurídico. En concreto, se han detallado cinco ámbitos en los que se observan efectos jurídicos en relación con los derechos y las obligaciones jurídicas de las empresas, a saber, i) la contratación y las subvenciones públicas; ii) la debida diligencia en materia de derechos humanos; iii) la protección de los derechos e intereses de los consumidores, inversores, accionistas, y otros, frente a las prácticas desleales; iv) la divulgación de información no financiera y, v) los tratados de inversión bilaterales. Así, se reconoce que estas prácticas y mecanismos están cada vez más extendidos gracias a su promoción e incorporación en los marcos normativos tanto a nivel local, como estatal o internacional, creando efectos jurídicos para las empresas.

El Capítulo III, “Factores de riesgo y gobernanza de la industria del gas y el petróleo”, acaba de delimitar el objeto de estudio, esto es las operaciones de la industria extractiva de los hidrocarburos. De este modo, este capítulo contextualiza y justifica la relevancia que este sector todavía tiene en la actualidad, destacando su rol a nivel económico, geopolítico y jurídico. A continuación, analiza los principales riesgos que afronta el sector con el objetivo de entender cuáles son las cuestiones materiales que se deberían priorizar para desarrollar una iniciativa sectorial. Finalmente, este capítulo presenta las principales iniciativas que las empresas del sector están tomando en consideración. Una primera aproximación ha permitido conocer si estas efectivamente están incluyendo estos riesgos, y por lo tanto, si esto podrá establecer un escenario que les ayude a mejorar la gobernanza de este sector, y

²⁴ Amao Olufemi, *op.cit.*, p. 1.

en concreto, que les ayude a asegurar el respeto de los derechos humanos en la gestión de su actividad.

Finalmente, debido a que las preocupaciones sobre la gobernanza dirigen buena parte de su mirada a la carencia de transparencia, el Capítulo IV, titulado “El EITI, los Derechos Humanos y la buena gobernanza en el sector del gas y el petróleo” enfoca su estudio en un análisis exhaustivo del EITI. Para ello, se lleva a cabo una presentación formal de la iniciativa a través de su origen, proceso de elaboración, desarrollo, naturaleza, alcance, proceso de adhesión y sistema interno de gobernanza. A continuación, se introducen las características principales de la gobernanza y se analiza si estas se encuentran plasmadas en la iniciativa. Para ello, se lleva a cabo un estudio sobre el derecho de participación en el EITI, el enfoque de la transparencia como el elemento central de la iniciativa, así como la existencia de mecanismos que permitan asegurar que el gobierno y las empresas cumplen con los requerimientos del Estándar. Si bien el EITI no se entiende como un instrumento de derechos humanos, este estudio examina el impacto del Estándar sobre los mismos. Con el propósito de estudiar estos aspectos generales, se lleva a cabo un análisis comparativo entre dos de los casos más significativos de éxito en la implementación del EITI, esto es, Nigeria y Colombia.

CAPÍTULO 1

LAS EMPRESAS MULTINACIONALES COMO ACTORES DE LA GLOBALIZACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En la actualidad, ya no existe ninguna duda de que las empresas multinacionales (EMN) son actores de un sistema internacional caracterizado por la globalización²⁵. Estas son un elemento esencial de la expansión del comercio internacional, y por lo tanto, de la configuración de la comunidad internacional, así como de la constitución de su ordenamiento jurídico. Así, su influencia en la vida económica y política es incuestionable, en especial sobre la vida de las personas y sus derechos.

Este primer capítulo presenta una introducción histórica sobre el rol, los desafíos y los problemas que las EMN, como actores del plano internacional (más allá de su papel como actor económico), presentan en relación con otros actores, principalmente los Estados. Para ello, en primer lugar, va a establecerse una primera aproximación del concepto de empresa multinacional. A continuación, se examinará la relación entre estas y los Estados. Y finalmente, se analizará el estatuto jurídico de las EMN y su subjetividad internacional. Mostrando así que, a pesar de las reticencias doctrinales e insuficiencias del derecho internacional, las EMN son en realidad algo más que simples objetos, llegando incluso a ser sujetos derivados del orden internacional.

²⁵ Allard Neumann, Raul, "Las empresas multinacionales en la globalización. Relaciones con los Estados", en *Estudios Internacionales 158*, Instituto de Estudios Internacionales - Universidad de Chile, 2007, pp. 59-99.

1. Empresas multinacionales: elementos definitorios

Como es sabido, no existe en el ámbito de las ciencias que tienen por objeto el estudio de las relaciones internacionales (en lo esencial, el Derecho internacional, la Política internacional y la Economía internacional) una definición consensuada de lo que se entiende por empresa multinacional o empresa transnacional. Detrás de las discrepancias terminológicas subyacen, a veces, razones ideológicas, pero también otras más prácticas relativas, sobre todo, a la posibilidad de que exista un régimen jurídico específico proyectable sobre aquello que se define como empresa multinacional.

Visto en su conjunto, hay dos cosas que sorprenden a primera vista sobre los desacuerdos definitorios. La primera que, en la doctrina, el debate terminológico y semántico se proyecta sobre todos los términos de referencia y sobre los elementos básicos para la definición de cada uno de estos. Y la segunda, que las definiciones aportadas por los diferentes instrumentos internacionales, que fijan estándares de conducta para las EMN, ya ofrecían, desde antiguo, parámetros básicos satisfactorios para la definición de su objeto de referencia, suficientemente amplios como para dar cabida a la pluralidad de formas con las que, entonces y hoy día, se manifiestan las EMN. Las clásicas opciones terminológicas y definiciones aportadas desde los 70 en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y, más tarde, de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), siguen pareciendo idóneas para designar el campo de aplicación de la expresión EMN. Estas ya tuvieron en cuenta la gran variedad de modos económicos y jurídicos que tienen las empresas para proyectar sus actividades en el plano exterior.

Más criticable, lo que en ocasiones parece un debate poco productivo sobre la definición de las EMN, es la presencia de aquella gran variedad terminológica para designar aparentemente un mismo campo semántico. Así, académicos, diplomáticos, políticos, expertos, economistas, traductores, etc., usan de modo descuidado aquí “corporación” multinacional; allí empresa “multinacional”; más allá “firma transnacional”, y en otro lugar empresa o corporación “transnacional” e incluso “internacional”, lo que acaba provocando una cierta confusión a cualquier lector, sea este experto o lego en la materia. Esta realidad torna necesario aclarar qué se ha

considerado como empresa multinacional a efectos de esta investigación, puesto que tiene por objeto estudiar el conjunto de normas jurídico-positivas o éticas (*soft-law*) y otras prácticas que guían las estrategias o planes de Responsabilidad Social Empresarial de las empresas, en particular las específicas del sector económico de la exploración y explotación del gas y del petróleo.

1.1 Elementos terminológicos

La clásica expresión “empresa multinacional”, que es la que se ha preferido utilizar en esta tesis doctoral, es un sintagma nominal formado por el sustantivo “empresa” y el adjetivo “multinacional”.

1.1.1 Empresa

¿Por qué se ha preferido el nombre “empresa” y no otros también al uso como “sociedad” o “corporación”?²⁶. Aunque es cierto que los mencionados vocablos son utilizados indistintamente en algunos textos internacionales²⁷, la palabra “empresa” es la que mejor se ciñe al objeto de este estudio tal y como aparece definida en su segunda acepción en la Real Academia Española de la Lengua (RAE), esto es, una “unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos”²⁸. El diccionario de M. Moliner, también en su segunda acepción, define empresa como “organización mercantil o industrial que se dedica a la explotación de la cosa que se expresa”²⁹, lo que llevaría igualmente implícito el ánimo de lucro. En contraposición, la expresión “sociedad”, en castellano, es siempre un vocablo más plurívoco puesto que abarca no sólo agrupaciones de carácter comercial o industrial con ánimo de lucro sino también otras formas asociativas organizadas carentes de esta motivación específica. Ilustrativamente, una Organización No Gubernamental (ONG) es también una “sociedad” en sentido lato, como lo es una fundación cultural. Si bien, el sustantivo “sociedad” en todas sus acepciones tiende a colocar la intensión significativa en el hecho de que exista un

²⁶ El informe *Efectos de las empresas multinacionales en el desarrollo y en las relaciones*, Doc. ONU, E/5500/Rev.1/, de 24 de mayo de 1974, emitido por el Consejo Económico y Social (ECOSOC), se refiere en el título en su versión inglesa como “*multinational corporations*” y en la versión francesa como “*société multinationale*”. En la española se utiliza la expresión “empresa multinacional”.

²⁷ La Resolución del ECOSOC, titulada *Los efectos de las corporaciones multinacionales en el proceso de desarrollo y de las relaciones internacionales*, Doc. ONU, E/RES/1721 (LIII), 2 de julio de 1972 es muy significativa para percibir ya ese uso laxo de la terminología. En la versión española se utiliza indistintamente la palabra ‘corporación’, ‘empresa’ y ‘sociedad’ como términos perfectamente sinónimos. Los traductores, así, no asignaron diferencias de relieve entre uno u otro vocablo.

²⁸ RAE, disponible en www.rae.es. Recuperado en febrero de 2014.

²⁹ María Moliner, *Diccionario de uso del español*, Vol a-i, Editorial Gredos, Madrid, Tercera edición, 2007, p. 1136.

grupo humano que se reúne, asocia y organiza para realizar una determinada actividad³⁰. Mientras que el vocablo “empresa” traslada el núcleo semántico al “ánimo de lucro” que rige una forma de organización de una actividad económica, pudiendo existir empresas multinacionales no societarias en sentido propio, esto es, la propiedad de la empresa recae en una sola persona y no en varias asociadas. No obstante, es ampliamente sabido que en el derecho mercantil ya se ha aceptado el uso de la expresión “sociedad unipersonal” para referirse a empresas con un sólo propietario, pero esto no deja de ser un oxímoron que une dos palabras de significados antitéticos en una expresión creando un significado metafórico. Una “sociedad” es un conjunto organizado de personas, lo que en sentido literal haría imposible que fuera “unipersonal”. Una empresa sí puede ser unipersonal, y en ese sentido, no societaria.

¿Y por qué la preferencia en esta investigación por “empresa” y no la más moderna de “corporación” muy en boga en textos internacionales?³¹ En castellano el término “corporación” tenía, hasta hace relativamente poco, un significado muy preciso³². En la edición del Diccionario de la RAE de 1997, esta entrada se definía en exclusiva como "cuerpo, comunidad, generalmente de interés público, y a veces reconocida por la autoridad"³³. Y así se había utilizado esta palabra de forma sistemática durante largo tiempo. Luego llegaron las laxas traducciones del inglés al castellano del término “*corporation*”, que en inglés ha significado desde siempre “empresa de grandes dimensiones”, normalmente cotizada. Sin embargo, en su última edición, el Diccionario de la RAE ha acabado validando esa sobrevenida semántica del vocablo “corporación” para designar también a una “empresa, normalmente de grandes dimensiones, en especial si agrupa a otras menores”, aun manteniendo su acepción jurídica más específica como entidad "que establece la ley para encomendarle funciones públicas"³⁴. Por su parte, María Moliner mantiene esta única acepción: “organismo oficial, con domicilio propio, formado por una reunión de personas que

³⁰ RAE, disponible en www.rae.es. Recuperado en febrero de 2014.

³¹ Esta preferencia también figuraba en el informe del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la ONU, Las Corporaciones Multinacionales en el Desarrollo Mundial, Documento número, Doc. ONU, ST/ECA/190, 1973, p. 4, que se hizo eco también de la pluralidad de términos existentes en la literatura científica por entonces.

³² Los debates en el seno de la ONU sobre la preferencia por el término ‘*entreprise*’ o ‘*corporation*’ tuvieron un significado político concreto en los 70. Los países socialistas preferían el término ‘*corporation*’. Ellos también disponían de “empresas” con bienes en el exterior, pero estas empresas no operaban a través de un conglomerado de filiales “incorporadas” a la matriz. De este modo, pretendían excluir la aplicación de los trabajos a sus propias empresas internacionalizadas. Sauvart, Karl P., “The Negotiation of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned”, en *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 16, 2015, p. 15 nota al pie 9.

³³ RAE, Diccionario de la lengua Española, 1997.

³⁴ RAE, disponible en www.rae.es. Recuperado en febrero de 2014.

celebran sesiones para ocuparse de cuestiones científicas, económicas, etc., de interés general”³⁵.

Para evitar confusiones, y que nadie piense que la "Corporación de Radio Televisión Española" es considerada también como una corporación multinacional, se preferirá así el más aquilatado término de “empresa”. Dicho esto, en lengua castellana hoy, parece ser igualmente válido el nombre de “corporación” o el de “empresa” para designar a estos entes, como lo es también en inglés que utiliza tanto la expresión “Multinational *Enterprise*” como “Multinational *Corporation*” para referirse a tales formas mercantiles de operación.

1.1.2 ¿“Multinacional”, “transnacional” o “internacional”?

El primer uso del término multinacional ha sido atribuido a D. E. Lilienthal, quien definió a las empresas “multinacionales” como “corporations which have their home in one country, but which operate and live under the laws and customs of other countries as well”³⁶. Así, pronto en el seno de la ONU, en los años 70, se impuso este epítome para designar a las empresas que suscitaban especial interés global en aquel momento, tal y como se desprende ya del título del Informe del Grupo de Personalidades encargado de estudiar los efectos de las empresas multinacionales en el desarrollo y en las relaciones internacionales (1974)³⁷. No obstante, durante las discusiones del informe, que se llevaron a cabo en la 57ª Sesión del Consejo Económico y Social de 1974 (ECOSOC por sus siglas en inglés), varios miembros del Consejo mostraron sus preferencias hacia el adjetivo “transnacional”, y no el de “multinacional”. Por varios motivos consideraban que este calificativo expresaba mejor las características esenciales de estas entidades que realizan operaciones a través de sus fronteras nacionales. A su parecer, el término multinacional debería ser reservado para aquellas empresas controladas por personas de distintos países³⁸. Aquí, el debate terminológico también es antiguo. Y ha dado pie con posterioridad a que, en

³⁵ María Moliner, *op.cit.*, p. 810.

³⁶ En Peter T. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2007, p. 5.

³⁷ *The impact of multinational corporations on the development process and on international relations : report of the group of eminent persons to study the role of multinational corporations on development and on international relations*, ONU Doc. E/5500/Add 1, Parte 1, de 24 mayo 1974. En la versión francesa del documento, también lengua del original publicado se tradujo por ‘sociétés multinationales’.

³⁸ Olga Martín Ortega, *Empresas multinacionales y derechos...op. cit.*, p. 52; Peter T. Mulchinski, *Multinational Enterprises...op. cit.* p. 6.

la doctrina, cada autor haya querido hoyar con su pie en esta arena y mostrar sus propias preferencias hacia un calificativo u otro.

A modo de ejemplo, Muchlinski decidió utilizar el término empresa “multinacional” con la finalidad de diferenciarlas de las empresas que calificó como “uni-nacionales”, esto es, que operan en exclusiva dentro de un sólo Estado, o cuyo capital está en manos de accionistas de una sola nacionalidad³⁹. En cambio, entre nosotros, J. Bonet Pérez ha optado por la expresión de sociedades “transnacionales” al entender que:

“lo prioritario para establecer sus rasgos característicos es su estrategia global transnacional y no el hecho de que tengan cabida en él accionistas de una pluralidad de nacionalidades o sociedades diferentes de la matriz de diversas nacionalidades”⁴⁰.

O. Martín. Ortega, por contra, prefiere el adjetivo “multinacional” dado que entiende que refuerza mejor la idea de que la empresa opera en distintos países y es sinónimo de pluralidad de jurisdicciones estatales afectadas por su actividad⁴¹.

De estos intentos de definición “subjetivos” resulta criticable que en ninguno de ellos se haya buscado apoyo a la regla básica de interpretación del derecho internacional contenida en la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados (1969)⁴², por lo menos, como punto de arranque de la exégesis formulada: el significado corriente u ordinario del término en lid, puesto que lo que se intenta es formular una interpretación válida en el plano internacional de la expresión. Si se acude de nuevo al diccionario de la RAE es posible resolver fácilmente la disputa terminológica, al menos en castellano. La RAE ofrece dos acepciones para el vocablo multinacional, una genérica como adjetivo, “perteneciente o relativo a muchas naciones” y otra específica como nombre femenino (“una multinacional”) que define un tipo concreto de empresas: “sociedad mercantil o industrial cuyos intereses y actividades se hallan establecidos en muchos países”⁴³. Pero es más interesante aún

³⁹ Peter T. Muchlinski, *Multinational Enterprises...* op. cit. pp. 6-7.

⁴⁰ Bonet Pérez, J., *Proyecto docente para concurso de cátedra*, Barcelona, 2003 (inédito), citado por Olga Martín Ortega en *Empresas multinacionales...* op. cit., p. 55.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 55-56.

⁴² “Artículo 31. *Regla general de interpretación*; 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, Doc. ONU, A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, de 23 de mayo de 1969.

⁴³ RAE, disponible en: en www.rae.es. Recuperado en febrero de 2014.

ver cómo define de modo genérico y específico el término “transnacional”. De modo general, como adjetivo, indica algo “que se extiende a través de varias naciones”, y su otro significado, como nombre femenino, nos remite como sinónimo perfecto al nombre “multinacional”⁴⁴. Esto es, una empresa cuyos intereses y actividades se hallan establecidos en muchos países. Así, se diría que en castellano, una empresa multinacional y una empresa transnacional son lo mismo. Y, por fortuna, abunda en esta conceptualización la propia *Encyclopaedia of Public International Law* (EPIL).

Así, su Volumen IV desarrolla la expresión “Transnational Enterprises”⁴⁵, mientras que la entrada “Multinational Enterprises”, nos remite a “Transnational Enterprises”, lo que deja entrever la inexistencia de significaciones dispares en los usos técnico-jurídicos de cualquiera de ambos adjetivos. De este modo, tanto para esta investigación, como para la RAE o para la EPIL, ambos adjetivos son sinónimos, por lo que se utilizarán de modo indistinto, sin que quepa asociar al uso de un u otro término connotaciones o denotaciones específicas.

Dicho esto, aún sería necesario diferenciar las EMN de las empresas “internacionales”. Estas últimas son aquellas constituidas al amparo de un tratado internacional suscrito por varios Estados y destinadas a la explotación industrial o comercial en sectores generalmente cercanos a los servicios públicos o a las actividades de infraestructura⁴⁶. El hecho de que estén creadas mediante tratados internacionales implica que una parte de sus conductas quedará exenta de la aplicación de este o aquel derecho nacional⁴⁷, y que los mecanismos de solución de controversias sobre las cuestiones reguladas mediante el tratado internacional sean los propios del derecho internacional. En palabras de Vagts:

“the law recognizes as “international corporations” only those entities which are constructed by international law, that is, by treaty (...). This format is not available to the private commercial enterprise which must content itself with stringing together corporations created by the laws of different states”⁴⁸.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Fischer, Peter, “*Transnational Enterprises*”, en R. Bernhart (ed.), en *Encyclopedia of Public International Law, Volume IV, Q-Z*, (2000), pp. 921-926.

⁴⁶ Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa González, Javier (Eds.), *Derecho Internacional Privado, Volumen II*, Ed. Comares, 2004, p. 469.

⁴⁷ Olga Martín Ortega, *Empresas multinacionales... op. cit.* p. 57.

⁴⁸ Vagts, Detlev F., “The multinational enterprises: a new challenge for transnational law”, en *Harvard Law Review*, vol 83, 1970, p. 740.

1.2 Alcance semántico

Fijada la terminología primaria, ¿qué deberá entenderse aquí por EMN? ¿Cuáles son las características que las diferencian de otras empresas “no multinacionales” o locales? J. Bonet Pérez ha definido así las empresas multinacionales o transnacionales:

“una empresa transnacional (...) i) es una empresa mercantil, con ánimo de lucro, que constituye una estructura organizativa societaria presente en una pluralidad de Estados en torno a una sociedad matriz; de tal manera que las empresas transnacionales son operadores económicos privados cuya constitución y extinción, así como sus actividades, se encuentran sometidas a una pluralidad de jurisdicciones estatales. ii) efectúa esas actividades empresariales bajo una unidad de gestión centralizada en la sociedad matriz, desde la cual se dirigen las actividades transnacionales y se ordena el conjunto de la actividad empresarial”⁴⁹.

Dada la complejidad de la definición, a continuación se analizarán todos sus elementos para luego ofrecer el alcance semántico que se da al término EMN en este estudio y así hacerlo más significativo.

1.2.1 Naturaleza “mercantil”

Una “empresa” transnacional o multinacional es una entidad mercantil. Como se ha indicado antes, puede haber sociedades transnacionales, cuyas actividades trasciendan más allá del territorio del Estado en el que se crea, pero que no se consideran “empresas” multinacionales porque no guían su actividad por el ánimo de lucro. La Fundación Caixabank es una sociedad o asociación sin ánimo de lucro que extiende sus actividades a más de 40 países. Las empresas multinacionales son siempre empresas “mercantiles”, en el sentido que se da a este término en nuestro ordenamiento jurídico. Asociaciones en las que dos o más socios ponen recursos (capital, propiedades, trabajo) al servicio de una actividad regida por el derecho mercantil y, por consiguiente, con ánimo o interés de obtener beneficios económicos. Resulta así redundante añadir el calificativo con “ánimo de lucro”, puesto que en sí

⁴⁹ Bonet Pérez, J., “Los actores privados de carácter económico y su incidencia en la formación y aplicación del DIP: especial referencia a las empresas transnacionales”, en Victoria Abellán y Jordi Bonet Pérez (Dir.), *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho Internacional Público*, JM Bosch, 2009, p. 139.

mismo lo “mercantil” indica acción comercial con ánimo de lucro, habiendo otras transacciones de derechos, etc., que pueden operar en el ámbito civil sin dicho ánimo. En derecho privado la distinción entre actos civiles y actos mercantiles da origen a la distinción entre el derecho civil y el mercantil. Los actos mercantiles son los regulados por el derecho mercantil, esto es, actos que transfirieren, modifican, crean o extinguen derechos u obligaciones y que tienen como objetivo principal el ánimo de lucro. ¿Cabe así dentro de las EMN la inclusión de las empresas mercantiles de titularidad pública? Obviamente sí.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés) describe a las empresas públicas (“State-owned TNCs”) como:

“enterprises comprising parent enterprises and their foreign affiliates in which the government has a controlling interest (full, majority, or significant minority), whether or not listed on a stock exchange (...) State-owned refers to both national and sub-national governments, such as regions, provinces and cities”⁵⁰.

El control significativo de sus títulos de propiedad por los poderes públicos es su rasgo definitorio, aunque la propiedad de la empresa no quede totalmente en sus manos. Lo relevante es el dominio efectivo que se ejerce sobre la misma a través de esa titularidad o la regulación nacional que fija su posición predominante en la empresa en cuestión. Los porcentajes de participación variarán por países o por tipos de empresas.

En el pasado, la empresa pública operaba primordialmente hacia su mercado interior. Por contra, en la actualidad grandes empresas de titularidad pública compiten con las EMN privadas, tanto a nivel interno como a nivel internacional, en la búsqueda de beneficios. Los Estados se han involucrado cada vez más en actividades empresariales con ánimo de lucro y acceden a los mercados globales con sus EMN de titularidad pública. Ya en 2021, la UNCTAD fijaba en un mínimo de 650 “State-owned TNCs” las empresas que operaban alrededor del mundo, con más de 8.500

⁵⁰ UNCTAD, *World Investment Report 2011: Non-Equity Modes of International Production and Development*, 2011, p. 28.

filiales extranjeras bajo su control⁵¹. A efectos de este trabajo, estas EMN no son distinguibles de las EMN privadas para los temas que aquí se tratan. Como cualquier otra empresa, las EMN estatales no pueden sentirse ajenas a la influencia que su actividad puede tener en la comunidad donde operan y, por consiguiente, a la necesidad de evaluar y corregir su impacto social o ecológico potencialmente negativo en cualquier espacio en donde desarrollen sus operaciones.

1.2.2 Lugar de constitución

La definición hace referencia a la constitución y extinción de la EMN. También a sus actividades indicando que todo ello puede estar sometido a una pluralidad de ordenamientos jurídicos. Si bien, lo oportuno es saber que la “constitución” y “extinción”, tanto de la matriz de la EMN como de sus filiales, en el caso de que las tuviera (no siempre este es el mecanismo de internacionalización de la actividad), se hace de conformidad con un ordenamiento jurídico nacional, y que la forma jurídica que adopte ese acto constitutivo (o el de extinción) dependerá de las categorías existentes en cada ordenamiento nacional implicado. De este modo, esta forma legal concreta de creación no es crucial para la clasificación de una empresa como EMN⁵². Así lo destacaba ya el fracasado Proyecto de Código de Conducta de Naciones Unidas para Empresas Transnacionales (1990)⁵³, (en adelante el Proyecto de Código ONU) que expresamente indicaba que;

“El término "empresa transnacional" tal como se utiliza en el presente Código se refiere a una empresa que incluye entidades en dos o más países, sean cuales fueren las formas jurídicas y las esferas de actividad de esas entidades...”⁵⁴.

Las Normas sobre las responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales de Naciones Unidas (2003) remarcan también que:

⁵¹ UNCTAD, *World Investment Report 2011... op. cit.* p. 28. La misma UNCTAD en su informe de 2013 remarcó que este número había incrementado hasta 845 durante el año 2012 (UNCTAD, *World Investment Report 2013: Global Value Chains: Investment and Trade for Development*, 2013, p. 12), es decir un crecimiento del 30% aproximadamente. Estas empresas públicas son particularmente activas en aquellos sectores considerados estratégicos y vitales para el desarrollo nacional, por ejemplo, en la extracción de recursos naturales, en la industria de defensa, así como en infraestructuras tales como las telecomunicaciones, el transporte o los servicios de utilidad pública es decir agua y electricidad entre otros.

⁵² Mulchinski, Peter T, *Multinational Enterprises...op. cit.* p. 5.

⁵³ El Proyecto de Código de Conducta de Naciones Unidas para Empresas Transnacionales, UN Doc. E/1990/94, 12 de junio de 1990), fue presentado por el Centro de Naciones Unidas sobre las Empresas Transnacionales, que operó entre el 1974 y 1992. Este proyecto fracasó y no logró ser aprobado como una resolución de la Asamblea General de la ONU. Al poco se cerraría el órgano onusiano y sus actividades se transfirieron a la UNCTAD en la que se creó la “*Transnational Corporations and Management Division*” que continuó con sus trabajos.

⁵⁴ Doc. ONU, E/1990/94, ... *op.cit.* Párrafo 1.

“una entidad transnacional es una entidad económica que realiza actividades en más de un país o un grupo de entidades económicas que realizan actividades en dos o más países, cualquiera que sea la forma jurídica que adopte, tanto en su propio país como en el país de la actividad, y ya sea que se le considere individual o colectivamente”⁵⁵.

1.2.3 Operativa transnacional unitaria

El siguiente rasgo definitorio, el más relevante para su eficacia económica, es que las EMN desarrollan sus actividades económicas en pos del ánimo de lucro en diferentes países, manteniendo el principio de unidad de dirección (o “management” en inglés empresarial)⁵⁶.

Estas entidades siguen una estrategia mercantil pensada en términos globales, que trascienden las fronteras del Estado de origen o de constitución, para la maximización de sus beneficios⁵⁷. Un análisis exhaustivo de los modos variados de operar a escala transnacional escapa al objeto de esta investigación. El establecimiento mediante filiales (con un control mayor de las acciones por parte de la matriz) en terceros Estados es sólo una de las modalidades de obtener el efecto multinacional deseado; existen otros (subcontratación dominante, joint ventures, franquicias, oficinas de representación, adquisición de empresas en el exterior, fusión con otras empresas, locales de explotación, empresas asociadas -control menor pero suficiente para orientar las acciones de una tercer empresa-, etc.) que facilitarían esa operatividad transnacional, ora controlando la producción, la distribución o la comercialización de su objeto mercantil⁵⁸. La búsqueda de un mayor rendimiento de la propia tecnología, la utilización de determinados activos indivisibles (un alto directivo) o de activos intangibles (propiedad industrial) cuya explotación en otros lugares rentabiliza más la inversión realizada, son también estrategias de internacionalización en redes para lograr la maximización de los beneficios en el exterior.

⁵⁵ Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2...op. cit, párrafo 20.

⁵⁶ La auténtica ‘mano visible’ de las EMNs y quizá de los mercados mundiales, fue la revolución directiva de las empresas multinacionales americanas y británicas que profesionalizaron la gestión de los flujos internos y externos de las empresas mediante la creación de un cuerpo permanente, asalariado y especializado funcionalmente que permitió su transformación en grandes empresas. Esos sistemas de ‘management’ están separados de la propiedad, y permiten coordinar la actividad de múltiples empresas con personalidad jurídica propia que sólo en apariencia operaban como unidades autónomas. Véase el clásico Alfred D. Chandler, Jr., *The Visible Hand. The Managerial Revolution in American Business*, Harvard University Press (5ªed), 1999.

⁵⁷ Bonet, J., *Los actores privados...op.cit.*, p. 139.

⁵⁸ Martín Ortega, Olga, *Empresas multinacionales... op. cit.* p. 50.

Aquí lo relevante, para designar a una empresa como multinacional, es confirmar que dispone de una estrategia pensada en términos internacionales (más de un Estado⁵⁹) que se lleva a cabo bajo el principio de una unidad de acción. Por lo tanto, hay una gestión o coordinación centralizada, que se realiza desde la matriz (“Headquarter” en inglés); esta dirige las actividades transnacionales (producción, marketing, comercialización, inversión, etc.) y ordena o coordina el conjunto de la actividad empresarial⁶⁰. Así, las actividades empresariales realizadas en varios Estados son controladas por un núcleo decisorio, admitiéndose que cada entramado empresarial multinacional puede aceptar grados mayores o menores de autonomía de las subentidades a través de las que opera. Este elemento definitorio se recogía en instrumentos tales como las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico sobre Empresas Multinacionales⁶¹ (en adelante las Directrices OCDE, 2011) o la Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo⁶² (en adelante la Declaración Tripartita, 2000). También, en el Proyecto de Código de Conducta de la ONU (1983) se recogía dicho elemento definitorio:

“El término "empresa transnacional"... se refiere a una empresa que incluye entidades en dos o más países... que funciona con un sistema de adopción de decisiones que le permite establecer, por conducto de uno o más centros de adopción de decisiones, políticas coherentes y una estrategia común, y en que las entidades están vinculadas, por vínculos de propiedad o de otra forma, de modo tal que una o varias de ellas pueden ejercer una influencia significativa en las actividades de las demás y, en particular, compartir conocimientos, recursos y responsabilidades con ellas”⁶³.

⁵⁹ Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, *Corporaciones Multinacionales en el Desarrollo Mundial*, Doc. ONU, ST/ECA/190, 1973, p. 4.

⁶⁰ Andersson, Ulf y Holm, Ulf (Ed.), *Managing the Contemporary Multinational. The Role of Headquarters*, Edward Elgar Publishing, 2010, 120.

⁶¹ OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, OECD Publishing, Paris, 2013, p. 19. Recuperado en febrero de 2014.

⁶² Párrafo 6, *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en su 204.ª reunión (Ginebra, noviembre de 1977), en la forma enmendada en su 279ª reunión (Ginebra, noviembre de 2000).

⁶³ Doc. ONU, E/1990/94, ... *op.cit.*, Párrafo 1 a).

Este enfoque es destacado también como esencial en la definición de las EMN por múltiples autores⁶⁴.

2. Las Empresas Multinacionales como actores globales

Dentro de este amplio marco conceptual, es notorio decir que las EMN se han convertido en uno de los vehículos de producción más efectivos dentro de la globalización. De hecho, las EMN se constituyen como una de las expresiones características de dicho fenómeno (como se verá, la mayor parte de la inversión directa mundial se realiza a través de estas compañías). Además, debido a sus características, las EMN impactan también de modo significativo en otras dimensiones de la globalización como la cultural, la social o la política.

2.1 Globalización en curso

El carácter global o universal de la sociedad internacional contemporánea es uno de sus rasgos actuales más sobresalientes⁶⁵. Todos los Estados, los individuos o las asociaciones de individuos, están inmersos en redes regionales y universales de comunicación humana, pública o privada, desde tiempos inmemoriales⁶⁶. Pero la sociedad internacional actual está envuelta en un proceso de disolución más acelerado en términos temporales de ciertos límites impuestos tradicionalmente por los Estados, y de las limitaciones tecnológicas, a las relaciones humanas transfronterizas o transnacionales⁶⁷. Los Estados han renunciado al control férreo de numerosas interacciones que antaño realizaban y que traspasan sus límites fronterizos. Comparativamente hablando, este proceso ha roto su gradualismo histórico,

⁶⁴ M. T. Kamminga por ejemplo define las EMNS como “a legal person that owns or controls production, distribution or service, facilities outside the country is based”. Kamminga, M. T., “Holding Multinational Corporations Accountable for Human Rights Abuses: A Challenge for the EC” en P. Alston, ed., *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, p. 553. Y Wallace que las define como “an aggregate or corporate entities, each having its own juridical identity and national origin, but each in some way interconnected by a system of centralized management and control, normally, exercised from the seat of primary ownership”. Wallace, C.D., *The Multinational Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization*, Martinus Nijhoff Publishers, 2002, p. 9. Véase también Olufemi Amao, *op.cit.*, p. 7; y N. Jägers, *Corporate Human Rights Obligations: In Search of Accountability*, Intersentia, 2002, p. 11.

⁶⁵ Sánchez, Víctor M. (Ed.), *Derecho Internacional Público, Huygens (3ª ed.)*, 2012, p. 10. A quien se sigue principalmente en este apartado.

⁶⁶ Se puede diferenciar en términos sociológicos y politológicos la “globalización” de la “interdependencia”. La globalización envuelve “spatially extensive networks of interdependence”, aunque la interdependencia podría ser también basada en vínculos bilaterales. Así, la economía japonesa y norteamericana son muy interdependientes en múltiples aspectos, pero esa relación interna en sí mismo no demuestra la ‘globalización’. La interdependencia propia de la globalización se refiere a redes de conexión múltiples, no bilaterales, y que recorren distancias intercontinentales, no puramente regionales. Así, podríamos hablar, de menos a más, de redes de comunicación e intercambio “locales”, “nacionales”, “regionales” o “globales”. Keohane, Robert O. y Nye, Joseph S., *Transnational relations and World Politics*, Harvard University Press, 1971, pp. 225-229.

⁶⁷ Es mejor definir la globalización como un proceso que como algo estático. En este sentido abundan autores como David Held, Anthony G. McGrew, David Goldblatt y Jonathan Perraton, *Global Transformations Politics, Economics, and Culture*, Stanford, CA, Standford University Press, 1999, pp. 27-28; o August Reinisch, “The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors” en Philip Alston, *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford University Press, 2005, p. 76.

convirtiéndose desde los años 90 del s. XX en un fenómeno de avance más acelerado. Este proceso crea un tapiz de fondo que condiciona las decisiones y las consecuencias de numerosos actos de interacción social local, nacional, regional o universal, también los de las EMN. El fenómeno globalizador así descrito envuelve distintos planos de interacción recorridos en múltiples sentidos y con distinta intensidad (la interdependencia es más fuerte en espacios regionales que en el plano universal, mundial o global).

Así, el proceso de globalización, descrito en parámetros exclusivamente económicos, retrata de forma deficiente la realidad⁶⁸. En clave económica, la globalización de la sociedad internacional aludiría a un proceso de levantamiento gradual de las regulaciones utilizadas por los Estados para controlar los flujos básicos vinculados a la producción, distribución y comercialización de bienes, capitales y servicios. Los procesos de globalización han afectado al intercambio de cinco factores económicos que ahora circularían mundialmente con obstáculos menores que en cualquier otro período de la historia: las empresas, las mercancías, los servicios, el capital de inversión y los pagos. Pero es importante no olvidar que la globalización alcanza también dimensiones no principalmente económicas de la vida. La superación de las fronteras estatales también intensifica la interdependencia global en materia de seguridad militar y policial (quizá este sea uno de los aspectos pioneros de la globalización, descubierto con las dos guerras mundiales del s. XX). Y, por supuesto, la globalización en curso es también una aceleración sin precedentes de los intercambios culturales, el cultivo de una identidad que trasciende lo puramente local o nacional, el flujo de conocimientos científicos, la creación de redes transnacionales de acción social, política, educativa, o el terrorismo internacional⁶⁹. Contrariamente a lo que se pueda creer, se ha resaltado que ninguna de estas manifestaciones es unidireccional (del mundo occidental hacia el resto del planeta)⁷⁰ aunque, como contrapunto, se ha de saber que quien controla mejor la tecnología globalizadora intensifica también su capacidad de influencia mundial.

⁶⁸ Keohane, Robert O. y Nye, Joseph S., *Transnational relations and World...op.cit.*, pp. 226-228.

⁶⁹ Held David, McGrew Anthony G., Goldblatt David y Jonathan Perraton, *op.cit.*, pp. 27-28.

⁷⁰ Berger, Peter L., Huntington, Samuel P., *Globalizaciones múltiples. La diversidad cultural en el mundo contemporáneo*, Paidós, 2002.

Los avances tecnológicos se refieren en especial a las tecnologías del transporte, las comunicaciones y la información⁷¹. Bienes materiales e inmateriales circulan a una velocidad inconcebible hace tres décadas⁷². Además, la acción político-jurídica, es decir, las decisiones políticas traducidas en compromisos jurídicos resultan igual de determinantes en la cristalización de estos procesos⁷³. Así, las nuevas tecnologías (y el perfeccionamiento de las tradicionales como el transporte) son una condición necesaria pero no suficiente para impulsar la aceleración e intensificación de la globalización. Para que una empresa multinacional japonesa establezca un local de explotación en el territorio de otro Estado, por ejemplo, España, son imprescindibles un conjunto de decisiones político-jurídicas nacionales e internacionales a menudo sobreseídas en el análisis de la globalización. A nivel nacional, la empresa que quiere deslocalizar una parte o la totalidad de un proceso productivo debe recibir la autorización de este último para iniciar su implantación. En otros casos, la acción político-jurídica es internacional en sentido estricto, esto es, implica un acuerdo entre Estados. La libre circulación internacional de mercancías y servicios, por ejemplo, se desarrolla en lo fundamental bajo el paraguas jurídico e institucional que proporciona la Organización Mundial del Comercio (1995) creada por Estados.

La globalización es sólo parcial, por ello, un proceso natural de la sociedad. Lo es en la medida en que el ser humano es sociable por naturaleza y tiende a la comunicación con otros miembros de su género (por afán de supervivencia, sentido innato de solidaridad, carencia de autosuficiencia para la consecución de sus intereses, etc.) desarrollando tecnologías que intensifican las consecuencias de su sociabilidad innata. Pero la sociabilidad humana no es causa suficiente por sí misma para explicar la globalización actual. La orientación que el poder político imprime a la sociedad ha jugado el papel más decisivo en el despliegue último de la potencialidad comunicativa del ser humano. La globalización es así, de modo más determinante, una construcción política, fruto de decisiones de los Estados. No hay globalización sin políticas nacionales que la erijan como parte de su política exterior e interna.

⁷¹ En general, Castells, Manuel, *La Era de la Información. Vol. I: La Sociedad Red*, Siglo XXI Editores, 2002.

⁷² La información puede circular de inmediato por Internet (libre circulación de servicios). Otros productos intangibles, como un programa de ordenador, pueden comercializarse en línea y ser consumidos al instante. Pero también un libro.

⁷³ Abad Castelos, Monserrat, "La sociedad de la globalización y la necesidad de orientar jurídicamente el sistema internacional: subdesarrollo, instituciones financieras, compañías multinacionales, Estado, derechos humanos y otras claves" en Soroeta Licerias, Juan, *Curso de Derechos Humanos de Donostia- San Sebastián, Vol. III*, Universidad del País Vasco Servicio Editorial, 2002, p.33.

2.2 Empresas Multinacionales y estructura de poder en la Globalización

La sociedad, aunque sigue estando principalmente guiada por la voluntad de los más de los casi 200 Estados que ejercen su soberanía sobre parcelas territoriales concretas del planeta⁷⁴, con el tiempo, ha devenido una sociedad más variada, y por consiguiente, compleja en sus procesos y agendas políticas con respecto a sus actores⁷⁵. Sin duda, el Estado sigue siendo el actor principal o con más poder de influencia en la orientación de los procesos sociales (políticos, económicos, culturales, etc.) que trascienden las fronteras de los Estados. Su actividad exterior se guía, en lo esencial, por la persecución del “interés nacional”, tal y como es definido en su foro gubernativo interno. Pero otras formas de organización social, dotadas de voluntad propia diferenciada de la de los Estados, han accedido al medio internacional aportando sus propias lógicas de interés y modos de interacción.

2.2.1 Pluralidad de actores internacionales

De este modo, esa Sociedad global, cada vez más interdependiente que en cualquier otro momento de la historia universal, es también más plural con respecto a sus unidades de interacción, o actores internacionales.

De un lado, estarían las organizaciones internacionales (la ONU, la Unión Europea (UE), el Fondo Monetario Internacional, etc.), que participan desde finales del s. XIX como actores internacionales con una voluntad autónoma, diferenciable de la propia de cada uno de los Estados que las componen, a pesar de que su impulso político original se sitúe en los Estados. Tanto los aparatos institucionales permanentes de estas organizaciones internacionales (OOII), como los múltiples representantes de los Estados en las OOII, tienden con frecuencia a adoptar posiciones que pueden

⁷⁴ Víctor M. Sánchez (Ed.), *Derecho Internacional...op.cit.*, pp. 8-9

⁷⁵ La obra clásica en esta materia es el citado documento Robert O. Keohane y Joseph S. Nye, *Transnational relations and World... op.cit.*, que apareció inicialmente en una versión reducida como “Transnational relations and World Politics: an Introduction”, en *International Organization*, Vol. 25, 1971, pp. 329-349. Distinguen estos autores los modos clásicos de relaciones internacionales, esto es, entre Estados, de los nuevos modos de relaciones ‘transnacionales’ en las que uno de los actores es un ente no dotado de soberanía, sean EMNs u ONG. Las relaciones que trascienden fronteras y construyen la globalización son simultáneamente de ambos tipos, internacionales y transnacionales, y se proyectan también a la vez sobre todos los campos de las relaciones humanas (económicos, sociales, culturales, políticos, etc.) aumentando así la pluralidad de actores relevantes y la complejidad de las relaciones trabadas. Ambos desarrollan más la idea analítica de la “interdependencia compleja” que caracteriza la sociedad mundial. Esta se desarrolla a través de múltiples canales de conexión de las sociedad global: interestatales, transgubernamentales (derivados de la falta de coherencia unitaria de la actividad exterior de los Estados y que se ponen de manifiesto, por ejemplo, en el seno de las Organizaciones internacionales), y los transnacionales en los que una de las unidades de comunicación es un actor no estatal, e implica un cambio de las jerarquías en los procesos políticos mundiales y en la propia agenda mundial de trabajo. Ambos autores, así, cuestionan las principales asunciones de las clásicas teorías realistas en las relaciones internacionales, Keohane, Robert O. y Nye, Joseph S, *Power and Interdependence*, Longman, 2012.

erosionar la pretendida unidad de acción del Estado soberano en el exterior, creando canales de interacción “transgubernamentales” no siempre alineados con los propiamente intergubernamentales⁷⁶. Lo hacen guiadas por la idea de la cooperación o integración internacional en la persecución de fines comunes a una pluralidad de Estados. Su influencia en múltiples campos de la sociedad global es ahora determinante.

Además, desde finales del s. XIX, y con especial intensidad a partir de los años 60 del s. XX, otros actores no gubernamentales han emergido con fuerza como entidades que quieren también orientar con el concurso de su voluntad, la evolución de la Sociedad mundial: nos referimos a las EMN, en las que nos centraremos, y a las ONG. Ambos han logrado cambiar la prioridad de las temáticas internacionales clásicas (como la paz y la guerra), y han conseguido modificar los medios tradicionales de negociación internacional bilateral y multilateral.

Las ONG, entidades sin ánimo de lucro, encauzan distintos modos de solidaridad humana también en el plano universal. Su peso, por ejemplo, en el impulso de la agenda de la protección del medio ambiente, es incuestionable. También en la relativa a la promoción y protección de los Derechos humanos en el plano internacional. Por su parte, las EMN orientan su actividad como actores internacionales hacia la facilitación de la obtención del beneficio que justifica su creación, lo que ha determinado también la evolución de las clásicas formas de relaciones económicas entre Estados. Así, aunque el Estado siga figurando como el actor más determinante en la orientación de la evolución de la sociedad internacional (dado el enorme poder que conlleva el atributo de la soberanía, incluso en Estados pequeños), en el análisis más certero de las relaciones internacionales se debe incluir las contribuciones de estos actores no estatales del sistema, tornando mucho más compleja cualquier predicción de la evolución de la política mundial. La naturaleza diversa de los actores que condicionan la evolución de la Sociedad internacional es orientativa del amplio espectro de objetivos e intereses que persiguen satisfacerse en este medio, así como

⁷⁶ La representación del Estado en las OOI es muy variada, lo que rompe la pretendida unidad de acción en el exterior. Pensemos por ejemplo en la UE. Los Estados están allí representados en el seno del Consejo de la UE (y el Consejo Europeo) en lo que sería una clásica relación exterior interestatal: a nivel ministerial o presidencial. Pero también está representado en el Parlamento Europeo, siendo ahí su representación muy plural políticamente, o en el Comité de las Regiones, mediante representantes locales o de subentidades territoriales (Estado federado o Comunidad Autónoma). Esto serían múltiples canales de interacción que trascienden las fronteras de los Estados con carácter transgubernamental.

de su posible colisión, de las dificultades en su jerarquización, y de la necesidad de articular espacios transaccionales complejos de construcción política en los que tiene menos predicamento el vector del poder militar de los Estados. De este modo, por su poder estructural manifiesto, es de especial interés para esta investigación la posición que ocupan las EMN en la Sociedad global, y con ello, las posibilidades que ofrece su acción global como vector para el respeto y la promoción de los Derechos humanos.

2.2.2 Empresas Multinacionales y Estados: cooperación y conflicto de intereses

Es evidente que la globalización de los procesos económicos de producción y consumo incide en la capacidad de los Gobiernos, o de las Organizaciones Internacionales (intergubernamentales), para llevar a la realidad mediante su actividad las legítimas expectativas de mejora del grado de justicia material y ética de la Sociedad. De ahí que, ya desde inicios de los años 70, se pusiera la mirada de modo continuo en las EMN para analizar sus efectos en el avance de los objetivos básicos de la Humanidad, en su conjunto: la reducción de la pobreza y de las desigualdades, la garantía de los derechos humanos, y la protección del medio humano frente a las prácticas más lesivas de su sostenibilidad presente y futura, en especial, por su impacto negativo sobre los derechos básicos de los seres humanos. El objetivo no era otro que determinar la posibilidad de que estas asumieran una responsabilidad compartida con los Estados⁷⁷. Pero ¿por qué las EMN se puede uno preguntar? La respuesta es sencilla: nadie duda sobre su enorme poder fáctico en la compleja estructura de poder que emerge de la Globalización en curso y, con ello, su potencial para contribuir al bienestar global o dificultarlo⁷⁸.

No obstante, en el plano mundial, también surgió la preocupación de que ese poder y el peso creciente en las relaciones internacionales de las EMN pudieran acrecentar posibles abusos.

⁷⁷ Sánchez, Víctor Manuel, *Hacia un entendimiento de la RSE del S. XXII...op.cit.*, pp. 59-60.

⁷⁸ Ratner, S.R., "Corporations and human rights: a theory of legal responsibility", en *Yale Law Journal*, N° 111, 2002, p. 462.

2.2.2.1 El inicio del impulso de un “nuevo orden económico internacional” (NOEI)

En el ámbito de las Naciones Unidas el debate sobre el poder de las EMN inició su camino a principios de los años 70 dentro de lo que se llamó más tarde “Nuevo Orden Económico Internacional” (NOEI).

En 1972, el ECOSOC solicitó al Secretario General de la ONU la creación de un grupo de expertos para estudiar “la función y los efectos de las corporaciones multinacionales en el proceso de desarrollo, especialmente de los países en desarrollo, en relación con su repercusión en las relaciones internacionales”⁷⁹. Con el fin de ayudar al “Grupo de Personalidades” en su tarea, el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Secretaría General elaboró previamente el informe titulado *Multinational Corporations in World Development* (1973)⁸⁰. El informe del “Grupo de Personalidades” fue presentado un año después, bajo el título de “Efectos de las Empresas Multinacionales sobre el proceso de desarrollo y las relaciones internacionales” (1974)⁸¹. Su seguimiento dio lugar a la creación del Centro de Naciones Unidas sobre las Empresas Transnacionales (UNCTC⁸²), el cual posteriormente quedaría absorbido por la UNCTAD, y que elaboró el fallido Proyecto de Código de Conducta para las empresas multinacionales presentado en 1990⁸³.

En el informe del Grupo (1974) se indicaba acertadamente que:

“Las empresas multinacionales poseen distintas capacidades que pueden ponerse al servicio del desarrollo. Han demostrado capacidad sobresaliente para poner en marcha recursos financieros, físicos y humanos en todo el mundo y para combinarlos en actividades económicamente viables y comercialmente ventajosas, así como para desarrollar y aplicar nuevas tecnologías y nuevos conocimientos, para transformar recursos en producción y para integrar mercados de productos y mercados financieros en todo el

⁷⁹ La petición se formula en la *Resolución 1721 (LIII)*, de 2 de julio de 1972 del Consejo Económico y Social aprobada por unanimidad.

⁸⁰ Doc. ONU, *ST/ECA/190... op. cit.*

⁸¹ Doc. ONU, *E/5500/Rev.1/1974... op.cit.*

⁸² Sobre este órgano y sus trabajos véase Hamdani, Khalil y Ruffing, Lorraine, *United Nations Centre on Transnational Corporations. Corporate Conduct and the Public Interest*, Routledge, 2015; y Sauvart, Karl P., “The Negotiation of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned”, en *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 16, 2015, pp. 11-87.

⁸³ Doc. ONU, *E/1990/94...op.cit.*

mundo. Sin embargo, sus actividades no están intrínsecamente orientadas hacia los objetivos del desarrollo. Por consiguiente, deben comprenderse claramente tanto las limitaciones como las capacidades de las empresas multinacionales para cumplir objetivos de desarrollo”⁸⁴.

El hecho de que, en la actualidad, cincuenta años después, la inmensa mayoría de los países del planeta, democráticos, en transición a la democracia o no democráticos, compita por la captación de la inversión de la EMN podría ser un indicio genérico de que su existencia dentro del territorio de cualquier Estado, matriz (o país de origen) o huésped (o país receptor), es percibida a priori por los representantes de las respectivas sociedades nacionales como portadoras de más potenciales positivos que negativos para el desarrollo económico y social de cualquier Estado⁸⁵. Conviene conocer el relato empírico y teórico al respecto, con sus luces y sombras.

2.2.2.2 Poder fáctico

El punto de partida de todos los preámbulos, prólogos e introducciones de informes, resoluciones, monografías y artículos en la materia, desde entonces hasta ahora, es siempre el mismo. La constatación empírica con datos oficiales de que las EMN eran, y no han dejado de ser, un fenómeno de grandes proporciones para las relaciones económicas internacionales por su expansión sin precedentes. Pero al margen de las gafas ideológicas con las que se mire, ¿qué datos objetivos convertían a las EMN en esos agentes relevantes políticamente? Su tamaño en términos monetarios y el crecimiento de su número:

“The very size of these corporations as compared with other economic entities, including the economies of many nations, suggests an important source of power. Moreover, there are strong indications that the multinational corporations have grown dramatically, especially during the last decade. As a result, both their absolute and relative size has expanded”⁸⁶.

Asimismo, desde el citado informe de 1973, otro elemento que volvía relevante el análisis de su poder en la estructura mundial de gobernanza era su origen y los lugares predominantes de internacionalización de sus actividades mediante filiales: su origen

⁸⁴ Doc. ONU, *E/5500/Rev.1/1974...op.cit.*, p. 30

⁸⁵ Doc. ONU, *ST/ECA/190... op. cit.*, p. 55-56.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 6.

se concentraba en los países más desarrollados (Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia, Alemania, Canadá, Japón y Holanda)⁸⁷ mientras que una buena parte de las empresas afiliadas, por aquel entonces sobre todo las extractivas, operaban en países en vías de desarrollo (ricos en recursos naturales explotables). Había una estrecha relación, con respecto a ciertos países, entre los lugares de “extensión” de las actividades de las EMN y las antiguas situaciones de colonización o de dominación extranjera. Aunque la información de la que se nutría este informe de 1973 era todavía fragmentaria, el estudio contabilizaba unas 7.500 EMN, con más de 200 de ellas facturando más de 1.000 millones de dólares al año. El informe ya destacaba por entonces que el valor añadido de las 10 EMN más potentes era superior al Producto Nacional Bruto (PNB) de unos 80 países del planeta. El total acumulado por las EMN analizadas suponía 1/5 parte del PNB mundial⁸⁸. Desde entonces, la expansión de las EMN no ha dejado de crecer, tanto en número como en su peso económico⁸⁹. De conformidad con el World Investment Report (2016) elaborado por la UNCTAD, en 2015 la inversión directa en el exterior (IDE), canalizada a través de las EMN en el exterior, fue de 1.76 billones de dólares, el mayor jamás registrado en la historia⁹⁰. Este capital de inversión correspondía a unas 70.000 empresas transnacionales con más de 690.000 filiales en el extranjero⁹¹.

El “control gap”, al que hacía mención en los años 70 los constructivistas J. Nye y R. Keohane, debería analizarse ahora a escala global, y no sólo focalizando la atención en los países en vías de desarrollo (PVDs), única preocupación de la ONU en esta materia en los 70. Ambos, Estados matriz y Estados huéspedes, pueden estar padeciendo esa incapacidad de controlar o evitar los efectos negativos de la existencia y multiplicación de las EMN. Pero también se podría estudiar en qué medida los Estados matriz o huéspedes, durante este tiempo, han desarrollado mejor sus

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 7 y 8.

⁸⁸ Además de la obra de Keohane y Nye (*Transnational relations and World...op.cit.*), véase Moran, T. H., “Transnational strategies of protection and defence by multinational corporations: Spreading the risk and rising the costs for nationalization in natural resources”, en *International Organization*, Vol. 27 n° 2, 1973, pp. 273-289; Behrman, J. N., *National Interests and Multinational Enterprises: Tensions among the North Atlantic Countries*, Prentice Hall, 1970, pp. 101-113.

⁸⁹ La proliferación de las EMN quedó claramente patente en el informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales al declarar que “unas 70.000 empresas transnacionales, con aproximadamente 700.000 filiales y millones de proveedores se extienden por todos los rincones del planeta”. Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Informe provisional del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, Doc. ONU, E/CN.4/2006/97, 22 de febrero de 2006.

⁹⁰ UNCTAD, *World Investment Report 2016: Investor Nationality: Policy Challenges*, 2016, p. x.

⁹¹ UNCTAD, *World Investment Report 2005: Transnational Corporations and the internalization of R&D*, 2005. El número no ha variado significativamente desde entonces. El último informe no refleja esta información.

capacidades institucionales y normativas para condicionar las conductas de las EMN, puesto que, en líneas generales, en ambos casos, aún con diferencias, los avances fiscales, administrativos, políticos y tecnológicos parecen concederles más instrumentos de acción que en ningún otro momento de la historia. ¿A qué retos se enfrentan así los Estados huésped o matriz?

2.2.2.3 Teorías sobre el impacto en el desarrollo social

Este sector del conocimiento ha dado lugar a todo tipo de teorías y subteorías con respecto a los efectos socioeconómicos de la expansión y crecimiento de las EMN. Así que, al no ser el objeto principal de este estudio, es necesario simplificar esta aproximación manteniendo el rigor suficiente. Para unos, desde una perspectiva liberal claramente mayoritaria ahora, las EMN siguen siendo descritas como los “instrumentos clave para maximizar el bienestar mundial”. Aquí quedan incluidos los teóricos de corte socialdemócrata. Para otros, en el sector “socialista” muy minoritario ahora (neo marxistas, anarquistas, antisistema, etc.) las EMN siguen siendo “agentes peligrosos del imperialismo”⁹². De conformidad con esta teoría dominante, las EMN habrían probado que son un instrumento de crecimiento (en ingresos, trabajos, exportaciones y mejora de las capacitaciones profesionales y laborales)⁹³.

Aquel consenso general intergubernamental, no unánime, con respecto a los beneficios de las EMN para el desarrollo tiene, así, dos vertientes críticas que no se deben ignorar:

- Crítica total. Procede de actores sociales no estatales (los movimientos antiglobalización, antiimperialistas o neocomunistas) y, muy puntualmente, de actores estatales que han quedado fuera del consenso general, bien por su objeción pertinaz (por ejemplo, Corea del Norte); bien por su objeción sobrevenida tras cambios internos en la orientación del poder (por ejemplo, la Venezuela de Chávez y Maduro desde 1999 hasta el presente). Esta crítica total no estaba presente en el consenso inicial dentro de la ONU de los años 70 cuando todavía existía la URSS, su órbita de Estados del bloque comunista,

⁹² Doc. ONU, *ST/ECA/190... op. cit.*, p. 1.

⁹³ Strange, S, *The retreat of the State. The diffusion of power in the world economy*, Cambridge University Press, 1996, p. 49.

y el Movimiento de los Países no Alineados⁹⁴. Un buen ejemplo de la literatura “antimperialista” que, aunque no se comparta sus valoraciones y conclusiones, intenta aportar pruebas científicas de la necesidad de los países en vías de desarrollo de no aceptar la inversión directa procedente de las EMN, planteando otras vías más seguras a largo plazo para fomentar el desarrollo nacional⁹⁵.

- Crítica parcial. Esta emerge con distinta intensidad desde dentro del consenso general, que sin cuestionar en general las oportunidades de desarrollo que ofrecen las EMN⁹⁶ rechaza ciertas prácticas y efectos negativos percibidos con respecto a la actuación de las EMN. Así, intenta evitarlos propugnando una gran diversidad de mecanismos de mejora de la regulación, control y, en su caso, reparación y sanción de las conductas más lesivas contra la correcta persecución del bien común por parte de los gobiernos (corrupción y cooptación de élites político-administrativas), los derechos humanos y el medio ambiente⁹⁷.

Esta segunda vertiente crítica no es nueva, ni los motivos que la fundan. En el informe del Grupo de Personalidades (1974) quedaba claramente reflejado en sus párrafos iniciales:

“Sin embargo, esas mismas capacidades pueden ser utilizadas de manera conflictiva con los intereses de los Estados considerados por separado (...) En los países en desarrollo especialmente, en los cuales con frecuencia las empresas multinacionales pueden ser las únicas empresas de gran tamaño, la legislación y otros controles institucionales, como el control estatal y el sindicalismo, tal vez no se hayan desarrollado lo suficiente para hacer frente al poder de estas empresas. Varios países huéspedes están revisando sus actitudes e introduciendo nuevas medidas y políticas institucionales en un

⁹⁴ Sobre las complejas relaciones entre el Movimiento de Países no Alineados y la URSS véase, Allison, Roy, *The Soviet Union and the Strategy of non-Alignment in the Third World*, Cambridge University Press, 1988. En especial pp. 111-125. Inicialmente la URSS vio la posibilidad de ejercer más influencia en los PVDs aceptando el NOEI para luego rechazarlo por haber dejado de lado estos países la doctrina de la “dependencia” occidental para abrazar la de la ‘interdependencia’, y, por tanto, por haber preferido el reformismo económico a la ruptura con los modelos liberales o capitalistas.

⁹⁵ Petras, J. y Veltmeyer, Henry, *Multinational on Trial. Foreign Investment Matters*, Ashgate, 2007.

⁹⁶ En la primera mitad de la década de los 70 se produjeron 336 nacionalizaciones de EMN. En la primera mitad de los 80 tan sólo 15: las políticas de los PVDs hacia las EMNs habían cambiado drásticamente. Nadie consideraba ya que las EMN reducían la soberanía de los PVDs. Las nacionalizaciones, en muchos casos fracasadas, dieron paso a la renegociación de los acuerdos existentes y a la búsqueda de mejores equilibrios en los beneficios –y costes- para ambas partes. S. Strange, *op.cit.*, p. 49.

⁹⁷ La literatura en este caso es muy abundante e irá emergiendo a lo largo de la investigación.

intento por solucionar los problemas que derivan de las actividades de las empresas multinacionales y por mitigar algunos efectos inconvenientes”⁹⁸.

El informe previo, *Multinational Corporations* (1973), ya recogía con detalle los múltiples impactos políticos, económicos, sociales y ambientales, positivos y negativos, que informaban de los relatos teóricos favorables o desfavorables de la actividad de las EMN, todos ellos contrastables con casos y datos verificables. Lo hacía separando los impactos sobre los Estados huéspedes y los Estados de la matriz. La persecución de fines distintos por las EMN y los Estados, dentro de las respectivas teorías, hace que la influencia de las EMN sobre los Estados sea muy compleja.

i) Estado huésped (estado receptor):

Desde una perspectiva crítica negativa se suelen destacar los siguientes impactos negativos potenciales sobre los Estados receptores⁹⁹:

- La posibilidad de minar los intereses generales nacionales socavando la “soberanía nacional” o política¹⁰⁰. Son especialmente execrables las prácticas de injerencia política directa (derrocamiento de gobiernos¹⁰¹).
- El control empresarial de recursos naturales imprescindibles para el desarrollo de los países. Su explotación pueda dar lugar a su agotamiento en detrimento del derecho al desarrollo sostenible.
- La presión para obtener indemnizaciones demasiado elevadas en caso de expropiaciones.
- La creación de modelos de consumo contrarios al desarrollo del país.
- El desplazamiento de la producción local, derivando los beneficios de la actividad económica sustitutiva hacia terceros países.

⁹⁸ Doc. ONU, E/5500/Rev.1/1974...*op.cit.*, pp. 31- 34.

⁹⁹ Doc. ONU, E/5500/Rev.1/1974...*op.cit.*, y Doc. ONU, ST/ECA/190... *op. cit.* Véase las mismas críticas en J. Petras y Henry Veltmeyer, *Multinational on Trial...**op.cit.*

¹⁰⁰ Se critican especialmente sus relaciones con las élites político-administrativas y distintas formas de corrupción para obtener contratos u otro tipo de beneficios. Entre otras formas, el poder financiero se ha utilizado para dar apoyo a candidatos más ‘sensibles’ a sus intereses mercantiles, en las campañas políticas.

¹⁰¹ Fue especialmente sangrante la intervención de la multinacional norteamericana ITT (International Telephone and Telegraph Corporation en Chile) en el derrocamiento del presidente S. Allende. El informe *Doc., ONU, E/5500/Rev.1/1974...op.cit.*, lo cita en su p. 50 y señalaba la necesidad de imponer sanciones ante tales acciones. La responsabilidad de este tipo de acciones puede recaer a veces en el país de origen de la EMN que utiliza a estas empresas como un instrumento para llevar a cabo su política exterior. Las EMN se han comportado en ocasiones como aparatos de información del Estado huésped o de fomento de ideas políticas, siendo estas formas de actuación contrarias al principio de no injerencia en los asuntos internos.

- La creación de oligopolios y otras prácticas de competencia desleal derivadas de su abuso de posición dominante.
- La ausencia de actividades de innovación o investigación que incrementan la dependencia exterior.
- El impacto social negativo del cierre de las EMN por decisiones adoptadas en la matriz.
- Los impactos medioambientales negativos derivados de su actividad.
- La ausencia de sensibilidad hacia los valores socioculturales locales.
- El impacto negativo a los presupuestos por la articulación de mecanismos que impiden la tributación fiscal debida en los Estados huéspedes¹⁰².

Desde una perspectiva positiva, las EMN pueden aportar a los Estados huéspedes¹⁰³:

- Ayuda a la creación y consolidación de otras industrias nacionales satélites que aportan insumos a la producción de la EMN como proveedores.
- Acceso a capital y tecnología.
- Desarrollo de competencias laborales más cualificadas.
- Puestos de trabajo directos e indirectos.
- Capacitación del mercado laboral.
- Mejora de las condiciones laborales y crea una tendencia de empuje de salarios y condiciones laborales en las empresas nacionales.
- Balanzas exteriores positivas (si la diferencia entre la entrada de capital y la repatriación de beneficios es positiva).
- Además, las EMN suelen adaptarse a los planes políticos del Estado cuando estos son claros, aportando una inversión exterior necesaria para el desarrollo económico y social.

¹⁰² Los privilegios fiscales son frecuentes en los Estados huéspedes para que las declaraciones de beneficios no se trasladen a otro domicilio fiscal más favorable fuera de sus fronteras. Esto también se produce en ocasiones con respecto a los países de origen. Este problema sigue lejos de ser resuelto en la actualidad. La UNCTAD lleva varios años urgiendo a la coordinación de las políticas fiscales a nivel mundial para evitar los fraudes fiscales.

¹⁰³ Doc. ONU, *E/5500/Rev.1/1974...op.cit.*, y Doc. ONU, *ST/ECA/190... op. cit.*

ii) Estado de la empresa matriz:

En cambio, la tendencia de los Estados de la matriz siempre ha sido potenciar la creación y mantenimiento de EMN frente a las EMN de otros Estados con los que compiten (las EMN de la UE son bien vistas en Europa en la medida en que compiten con las de los Estados Unidos o las de Japón). De hecho, en los orígenes de las primeras EMN británicas de principios del s. XIX se encuentra la mano del Parlamento británico que aprobaba los Estatutos públicos constitutivos de estas compañías mediante ley, aunque estas fueran de propiedad privada; sus objetivos empresariales eran aprobados directamente por el legislativo británico puesto que estaban orientadas a prestar un servicio público. Estos “Estatutos de Empresa” tenían además una duración determinada (unos 20 años). Si las empresas no cumplían con sus objetivos públicos podían perder su “Estatuto” y ser disueltas, por lo que siempre estaban sujetas a escrutinio gubernamental¹⁰⁴. Las múltiples formas de interacción entre las EMN y los gobiernos han hecho que también se reciban críticas. Este sería un buen resumen de las más citadas por la doctrina e informes;

- Su relación opaca con la alta administración política-jurídica del país de origen para incidir en sus políticas internas e internacionales en detrimento del interés general.
- Su alto poder económico ha permitido muchas formas de corrupción política, inclusive, las vinculadas a sufragar campañas electorales nacionales.
- Las EMN “exportan trabajos”, esto es, reducen la contratación laboral en los mercados nacionales buscando mano de obra más barata en el extranjero.
- Sus efectos adversos en la “balanza de pagos”, puede ser negativa (sale más capital de inversión al exterior del que regresa a través de la repatriación de beneficios).
- El peso de las EMN ha disminuido el poder negociador de los sindicatos.
- Las EMN crean, adoptan mecanismos de evasión de impuestos aprovechando su estructura transnacional. El domicilio social y el domicilio fiscal pueden ser establecidos en diferentes jurisdicciones buscando, en un lugar la máxima

¹⁰⁴ Wettsein, F. *Multinational Corporations and Global Justice*, Stanford Business Book, 2009, p. 184.

protección de los accionistas, y en el otro, la mínima tributación fiscal (en beneficio de los accionistas). Las operaciones entre empresas de un mismo grupo multinacional se pueden hacer alterando los precios (ventas por encima de precio de mercado) para determinar el lugar de tributación más ventajoso (la empresa que opera como comercializadora del producto casi no tributa en el lugar de venta puesto que ha “comprado” sin margen para el beneficio a otra empresa del grupo (productora o distribuidora) por encima del precio del mercado, lo que hace que sus beneficios aparentes sean mínimos o inexistentes). Las distribuidoras o productoras se sitúan en lugares con muy baja tributación, donde declaran los beneficios reales del conjunto de la operativa con una imposición muy baja.

- Críticas por sus prácticas de alteración de la competencia.

2.2.2.4 El mito de la “retirada del estado”

Así, una de las primeras consecuencias prácticas de estos trabajos iniciados en 1972, bajo la órbita del ECOSOC, fue la aprobación, el 1 de mayo de 1974, de la Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI) por la Asamblea General de las Naciones Unidas¹⁰⁵. Lanzaron una propuesta de cambio en la estructura económica internacional para reducir las enormes diferencias de desarrollo económico y social imperantes por aquel entonces. El NOEI proclamado debía “eliminar las disparidades existentes en el mundo y asegurar la prosperidad de todos”¹⁰⁶ y uno de los medios para su realización debía ser:

“La reglamentación y supervisión de las actividades de las empresas transnacionales mediante la adopción de medidas en beneficio de la economía nacional de los países donde esas empresas realizan sus actividades, sobre la base de la plena soberanía de esos países”¹⁰⁷.

A continuación de la Declaración, la Asamblea General adoptó la Resolución 3202 (S-VI), de 1 de mayo de 1974, titulada “Programa de acción sobre el establecimiento

¹⁰⁵ *Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional*, Doc. ONU, A/RES/S-VI/3201, de 1 de mayo de 1974.

¹⁰⁶ *Ibidem*, Párrafo 4 b), p. 4.

¹⁰⁷ *Ídem*, Párrafo 4 g).

de un nuevo orden económico internacional”¹⁰⁸, que contenía la denominada “Carta de Derechos y deberes económicos de los Estados” en su Sección VI. Asimismo, contenía una Sección V titulada “Regulación y fiscalización de las actividades de las empresas transnacionales” que se inicia indicando que:

“Debe hacerse todo lo posible para formular, adoptar y aplicar un código de conducta internacional de las empresas internacionales...”.

¿Dónde se encuentra el derecho internacional y las instituciones de gobierno internacional en la actualidad con respecto a estos objetivos? ¿Avalan la influencia que pueden tener las EMN, y la idea recurrente de una parte creciente de la doctrina que afirma la “retirada del Estado” de sus funciones públicas con respecto a las EMN, y como consecuencia, de los modos de operar de estas?

S. Strange, en su obra “The retreat of the State. The diffusion of power in the world economy”, ha sido una de las autoras más importantes en la difusión de esta idea. Arranca su obra bajo el rótulo “The declining authority of states” con estas palabras:

“Today it seems that the heads of governments may be the last to recognise that they and their ministers have lost the authority over national societies and economies that they used to have. Their command over outcome is not what it used to be”¹⁰⁹.

Lo cierto, es que este estudio no cree firmemente en la anterior afirmación. Ni con respecto a los Estados de origen ni en relación con los Estados huéspedes. Pero para dar fundamento y alcance preciso a esta aseveración hay que deshacer algunas inexactitudes de apreciación que, por otra parte, ya fueron señaladas por J. Nye y R. Keohane en los 70.

La primera es el propio planteamiento de la cuestión en términos de “retirada del Estado” de un lugar en el que nunca, a lo largo de la historia, había ocupado. Esa afirmación, carente de pruebas, se sitúa directamente en el género literario de la

¹⁰⁸ Programa de acción sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional, Doc. ONU, A/RES/S-VI/3202, de 1 de mayo de 1974.

¹⁰⁹ S. Strange, *op.cit.*, p. 3. Bajo esta nueva tendencia se enfatiza la pérdida del poder regulatorio de las instituciones del Estado debido a la “fragmentación de la autoridad, a una creciente ambigüedad entre las fronteras y las jurisdicciones, así como al crecimiento de una línea desdibujada entre la esfera pública y privada. Scherer, Andreas Georg y Palazzo, Guido, “The New Political Role of Business in a Globalized World. A Review of a New Perspective on CSR and its Implications for the Firm, Governance, and Democracy”, en *Working Paper Series N°. 109*, Institute of Organization and Administrative Science, 2011, p. 2.

“utopía social”, por lo menos, en su distanciamiento de la realidad al describir un pasado en el que los Estados eran más “plenipotentes” o perfectos que en la actualidad. Las ideas de S. Stange no son nada novedosas; continúa el pensamiento ya en boga de los años 70. Por entonces, ya se hablaba del “loss of control” del Estado, en especial, con respecto a la política económica. Todas estas ideas presuponen que antes de la II Guerra Mundial los Estados existentes disponían de un control superior sobre la política económica y el resto de los aspectos sociales, e incluso de un poder de influencia superior en el exterior para orientar su economía, del que han dispuesto desde los 70 en adelante, que es cuando se formula esta cuestión. Pero como ya indicaban Nye y Keohane:

“governments have generally not been able to control their environments successfully for long periods of time ... Small and middle powers, and even great powers within the balance-of-power system, have had to accustom themselves to a very small degree of environmental control... It may be that United States policymaker have less control now than in the 1950s, but it was the 1950s that were exceptional, not the present”¹¹⁰.

Además, en momentos previos a la II Guerra Mundial, la participación/intervención fiscal, administrativa, monetaria, educativa, sanitaria, etc. de los Estados en la sociedad nacional o internacional, inclusive su interés por desarrollar políticas económicas amplias (monetarias, laborales, etc.) no era significativa (salvo en la URSS), pues no eran esas las funciones que se esperaban de un Estado liberal, ni tan siquiera de los Estados como Alemania que habían desarrollado algo más que un modelo de bienestar público. Las tareas principales del Estado seguían centradas en garantizar la propiedad, el orden público y la defensa de las fronteras. Lo que podía percibirse en los años 70, y pretendidamente también ahora, es lo que Nye y Keohane ya llamaron “control gap”, que es algo distinto: la distancia entre las nuevas aspiraciones de los Estados de intervenir, controlar o participar más en la sociedad (para desarrollar políticas económicas sociales más ambiciosas) y los límites o reacciones que podían hipotéticamente interponer a esas ambiciones de carácter cada vez más transnacional de la economía:

¹¹⁰ Keohane, Robert O. y Nye, Joseph S., *Transnational relations and World Politics: an Introduction...*, op. cit... p. 343.

“The further governments seek to extend their reach, the more they involve themselves with the environment of interstate politics and particularly with transnational relations. As far as they are unwilling to pay the price for complete control, they must contend with relatively autonomous transnational forces”¹¹¹.

De hecho, hoy es posible decir justamente lo contrario. La capacidad material de control de la economía y de la sociedad de los gobiernos, incluso de los más liberales, no ha sido nunca superior a la que se dispone en la actualidad, ni administrativa ni técnicamente¹¹². Tampoco su desarrollo de políticas públicas sociales. La expansión de los presupuestos públicos ha sido constante en los 60 últimos años, así como del gasto social en sentido estricto. En 1980, en la OCDE, el total de gasto social se correspondía con un 14,9 % del Producto Interno Bruto (PIB). En el año 2016 fue del 21%¹¹³. Estas cifras son generalizables al conjunto del mundo: hay un incremento del gasto público y, dentro de ese gasto, especialmente del gasto social en sentido estricto¹¹⁴, tanto en términos relativos como absolutos, como se aprecia en el siguiente gráfico.

¹¹¹ Keohane, Robert O. y Nye, Joseph S., *Transnational relations and World Politics: an Introduction...*, *op. cit.*... p. 343. Existen algunos autores más conscientes de las limitaciones de los Estados como Hendrik Spruyt, que enfatizan que a lo largo de la historia la soberanía ha sido relativa, limitada, heterogénea, divisible y alienable en algunos de sus componentes, aspectos y niveles. Spruyt, Hendrik, *The Sovereign State and its Competitors*, Princeton University Press, 1994, citado en Kaplan, Marcos, “Estado, democratización y Gobernabilidad en la globalización: la problemática Latinoamericana” en Valadés, Diego y Gutiérrez, Rodrigo (Coords.), *Democracia y Gobernabilidad. Memorias del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 63, tomo. II, p. 137. En línea con lo anterior, se ha argumentado que la desagregación, la divisibilidad y la enajenación de algunos de los componentes de la soberanía no implica necesariamente una disminución del Estado-nación y que las restricciones a la soberanía, en cualquier caso, varían y son calificables según los casos, los espacios y los tiempos. Kaplan, Marcos, *op.cit.*, p. 138.

¹¹² Además, no podemos olvidar que el Estado continúa disponiendo del monopolio del uso de la fuerza y de la capacidad para hacer cumplir la legislación pertinente sobre aquellos que se encuentran bajo su jurisdicción al tiempo que conserva su papel como institucionalidad portadora de legitimidad, consenso y legalidad. Kaplan, Marcos, *op.cit.*, p. 139.

¹¹³ OCDE, Gasto Público Social. Disponible en: <http://www.oecd.org/centrodemexico/medios/gasto-publico-social-ocde.htm>. Recuperado en marzo de 2021.

¹¹⁴ El gasto social comprende beneficios en dinero (pensiones, subsidios a la maternidad, pagos por asistencia social), servicios sociales (educación, ancianos o enfermos) o tratamiento impositivo favorable en los pagos por planes privados de salud. *Social Expenditure, 1980-2003: Interpretative Guide of SOCX*, OCDE, noviembre 2007, p. 6.

Gráfico 1.1 Gasto (% del PIB)



Fuente: Banco Mundial¹¹⁵

Y también ha sido creciente la recaudación impositiva mundial¹¹⁶, salvo por un breve período de tiempo durante la última crisis económica como se observa en el siguiente gráfico:

Gráfico 1.2 Recaudación impositiva (% del PIB)



Fuente: Fuente: Banco Mundial¹¹⁷

Estos datos, desagregados, reflejan la misma tendencia en los países desarrollados (PD) (salvo en el caso de los Estados Unidos de América donde el gasto y la

¹¹⁵ Los gastos son los pagos de dinero por actividades operativas del Gobierno para la provisión de bienes y servicios. Incluye remuneración de empleados (como sueldos y salarios), interés y subsidios, donaciones, beneficios sociales y otros gastos como renta y dividendos. Gasto (% del PIB), Fondo Monetario Internacional, Anuario de Estadísticas de las Finanzas Públicas y archivos de datos, y estimaciones del PIB del Banco Mundial y la OCDE, en <http://datos.bancomundial.org/indicador/GC.XPN.TOTL.GD.ZS?view=chart>. Recuperado en enero de 2021.

¹¹⁶ La recaudación impositiva se refiere a las transferencias obligatorias al Gobierno central con fines públicos. Se excluyen ciertas transferencias obligatorias como las multas, sanciones y la mayoría de las contribuciones al seguro social. Los reembolsos y correcciones de ingresos tributarios recaudados por error se consideran ingreso negativo.

¹¹⁷ Recaudación impositiva (% del PIB), Fondo Monetario Internacional, Anuario de Estadísticas de las Finanzas Públicas y archivos de datos, y estimaciones del PIB del Banco Mundial y la OCDE, disponible en <http://datos.bancomundial.org/indicador/GC.TAX.TOTL.GD.ZS>. Recuperado en enero de 2021.

recaudación se han mantenido con escasas variaciones) y en los PVDs. Así, por ejemplo, en Costa Rica el gasto público en 1973 era del 15,5% del PIB, mientras que en 2014 había subido al 26.8%. Obviamente, también se ha incrementado su PIB. Para el mismo período en la República de Corea en 1973 era del 10,8% y en el 2014 del 24,8%; en Finlandia pasó del 19,9% al 41,7%; en Grecia del 15,8% subió al 48,5%; y en Sudáfrica pasó del 17,6% al 33,8%¹¹⁸. Otra cosa es así como, desde los 70 en adelante, el cambio de un paradigma de modelo de Estado liberal (muy limitado en sus funciones) a uno más socialdemócrata o demócratacristiano, y por consiguiente intervencionista en la economía y la sociedad, haya hecho que los Estados se hayan tornado continuamente más ávidos de control de la economía bajo su jurisdicción, y hayan querido influir más, por los mismos intereses generales percibidos, en el exterior. De este modo, el incremento del poder de las EMN no habría tenido como corolario una reducción de la capacidad impositiva de los Estados, o de otras formas de intervención social (la legislación administrativa, laboral, y los controles sobre su cumplimiento son hoy exponencialmente superiores a los de cualquier otro momento del sistema de Estados soberanos). Esto no quiere decir que no haya fenómenos que todavía deban ser analizados concienzudamente.

Así, cabría estudiar si el crecimiento económico generalizado se ha hecho a costa de los derechos humanos de uno u otro tipo. Si las empresas han sido actores relevantes en el empeoramiento o mejora de los derechos humanos. Aunque, no puede olvidarse que las cuestiones relativas a los Derechos Humanos y las EMN es un debate relativamente reciente. De hecho, en los trabajos de la UNCTC y de la UNCTAD antes descritos, de principios de los 70s, no se ha encontrado ninguna preocupación por la posible lesión del medio ambiente o de los derechos humanos derivada de la actividad creciente de las EMN. El Movimiento de los Países no Alineados, coincidente en general con los PVD, estaba solamente preocupado por el desarrollo y la salida del atraso y la pobreza, y en la soberanía política efectiva sobre sus territorios de reciente independencia; ni su lenguaje (ni sus prácticas) mostraban ninguna preocupación específica por los derechos civiles, políticos o laborales de sus

¹¹⁸ Todos estos datos pueden verse en la web del Banco Mundial, disponible en: <http://datos.bancomundial.org/indicador/GC.XPN.TOTL.GD.ZS?view=char>. Recuperado en enero de 2021.

nacionales. No había un enfoque basado en los derechos humanos en los inicios de la preocupación de la ONU en esta materia.

Por otro lado, tampoco debe obviarse que la posición actual en la política económica internacional de las EMN se debe, en buena medida, a ese mayor control de las economías por parte de los Estados. Por ello, el consenso general, que a veces se disfraza con discursos vagamente rupturistas, ha sido el de fomentar con sus políticas económicas la creación, desarrollo e implantación de EMN. De un lado, la mayor parte de las EMN del planeta se han visto beneficiadas, de múltiples formas, en su consolidación por la intervención directa o indirecta de los países de origen: monopolios nacionales protegidos por la ley, financiación pública, protección inicial a través de barreras frente a competencia exterior, rescates públicos en situaciones de crisis económicas, etc., hasta el punto que es posible afirmar que la intervención pública en la creación, expansión o consolidación de las EMN ha sido la regla y no la excepción¹¹⁹. Los Estados de origen de las EMN (como Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Alemania, Francia, etc.), allá donde se constituyen originalmente, y en donde suelen estar sus centros de adopción de decisiones, *cooperan desde siempre con las EMN*, política y normativamente, en el plano interno e internacional, para facilitar el éxito de sus estrategias mercantiles¹²⁰.

De otro lado, los propios PVD han ido creando gradualmente sus propias EMN, aumentando así su poder de influir en la política económica mundial, a la vez que han alentado con sus políticas fiscales, legislativas y administrativas, la instalación de multinacionales para buscar atraer uno de los bienes más escasos: el capital que nutre todo proceso productivo. Ilustrativamente, el 2012 fue uno de los años más sorprendentes en temas de inversión directa de capital. Por primera vez, en plena crisis global, los PVD superaron a los Países Desarrollados en la recepción de inversión extranjera directa (52% en PVD). Pero otro dato relevante de ese año es que 1/3 de la Inversión Extranjera Directa, esto es, de las EMN en el exterior, salió de las EMN de

¹¹⁹ Olufemi Amao, *op. cit.* p. 9.

¹²⁰ Marcos Kaplan, *op. cit.* p. 140. En este orden de ideas, Kaplan, señala que las reformas neoliberales se han diseñado e intentado mediante un fuerte intervencionismo estatal y prácticas autoritarias dónde el intervencionismo estatal perdura y se refuerza además por los altos costos económicos y sociales que las reformas cumplidas han conllevado. La liberalización no ha traído los beneficios esperados, y sí graves tensiones y conflictos. El Estado es llevado así a reafirmarse como regulador en remplazo parcial de un mercado incapaz de cumplir adecuadamente esta función (por ejemplo, rescates y reprivatizaciones de la banca).

los PVD¹²¹. Por último, cabe decir que la posición de las EMN en los Estados receptores sólo puede ser consecuencia de las decisiones estatales orientadas a la *atracción* y *control* del capital extranjero dentro de su territorio. Es la consolidación del Estado “soberano de los recursos naturales” (en el caso de África, ilustrativamente, mediante la nacionalización rápida de todos los recursos naturales y el dominio eminente creado a favor del Estado y ejercido por sus gobiernos respectivos) lo que ha determinado, y continúa determinando, si se accede y en qué condiciones (por ejemplo, si una o múltiples EMN pasan a explotar los recursos naturales del Estado o si se instala una planta de producción industrial en su territorio, etc.). ¿Podría decirse que algunos Estados han sido proclives a falsear las reglas de la libre competencia y el mejor precio en las contrataciones públicas? En cualquier caso, tampoco puede obviarse que es evidente que de ello pueden beneficiarse también las propias empresas (EMN o nacionales).

Expuesto lo anterior, tampoco debe olvidarse que el monopolio de la legislación/coerción y el principio de la soberanía de los recursos naturales son dos vectores cruciales del poder de intervención del Estado en la economía¹²². Así que el “control gap” difícilmente puede atribuirse principalmente al poder estructural de las EMN. Su reducción o incremento parece más una consecuencia directa de las buenas o malas praxis de las instituciones gubernativas que del poder de las EMN que operan. Así, para perfeccionar ese hecho fácilmente identificable y mejorable, es decir, la posible ausencia de voluntad de los gobiernos para ordenar mejor lo que sucede dentro de sus fronteras, quizás no deberíamos esperar al advenimiento de un “gobierno mundial” democrático, como preconizan algunos autores¹²³. Parece más realista, si se quiere seguir mejorando gradualmente el bienestar mundial, controlar el vector de acción más relevante en este ámbito: la mejora de los mecanismos de gobernanza

¹²¹ Según la UNCTAD en su informe de 2013, “Developing countries take the lead in FDI Receipts, 2012 – for the first time ever – developing economies absorbed more FDI than developed countries, accounting for 52 per cent of global FDI flows. This is partly because the biggest fall in FDI inflows occurred in developed countries, which now account for only 42 per cent of global flows. Developing economies also generated almost one third of global FDI outflows, continuing a steady upward trend”. UNCTAD, *World Investment Report 2013...op.cit.*, p. ix.

¹²² Marcos Kaplan, *op. cit.*, p. 139.

¹²³ Barber por ejemplo se queja de que “we have managed to globalize markets in goods, labor, currencies and information, without globalizing the civic and democratic institutions that have historically comprised the free market’s indispensable context”, Benjamin R. Barber, “Can Democracy Survive Globalization?” en *Government and Opposition*, Vol 35, Issue 3, 2000, p. 275.

internos de los Estados afectados por esas formas de “control gap”¹²⁴. En este sentido, este planteamiento tendrá un papel crucial en algunas de las iniciativas voluntarias del sector extractivo, como el EITI¹²⁵.

3. El Derecho Internacional y las Empresas Multinacionales

Así, las cosas, no es de extrañar que uno de los temas más relevantes asociados a la existencia y capacidad de influencia de las EMN en el mundo contemporáneo es el de su posición jurídica general dentro del Derecho internacional público. En el apartado anterior se ha visto que, desde antaño, sociólogos y politólogos de las relaciones internacionales, se muestran pacíficos a la hora de afirmar su relevancia como actores no estatales de las relaciones internacionales, especialmente, en el ámbito de la política económica internacional¹²⁶. Esa influencia, como no se podía esperar de otro modo, se ha trasladado también al ámbito de la creación y adjudicación del derecho internacional público, como señaló Pierre-Marie Dupuy¹²⁷.

En efecto, en las negociaciones contemporáneas de los tratados multilaterales (y también de algunos bilaterales), los actores no estatales, las EMN, pero también las ONG, cada uno con su poder de influencia y lógica de intereses particulares correspondiente, participan de modo abierto o con formas menos visibles, en diversos momentos del proceso nomogenético internacional. Ora se encuentran incrustados dentro de las delegaciones del gobierno, como miembros de las mismas o como consejeros expertos; ora actúan directamente a través de sus organizaciones de representación empresarial en las conferencias multilaterales, cada vez más abiertas a este tipo de participación; ora, dentro de la ONU (en especial en el ECOSOC) comunicando sus preferencias al gozar del estatus de observador; y en otras ocasiones

¹²⁴ Sir Geoffrey Chandler, señalaba que “la globalización de la economía ha producido cambios en la relación entre los gobiernos y las empresas pero que el mito que las empresas son más poderosas que los Estados es todavía un mito y es algo que deberíamos asegurarnos de que se mantiene así si realmente creemos en la democracia”. Además, remarcaba que “si bien la influencia que ejercen las empresas está creciendo, lo cierto es que no podemos permitir tener un mundo en el que éstas tengan más poder que el poder político de los gobiernos. Chandler, Geoffrey, “Keynote Address: Crafting a Human Rights Agenda for Business” en Michael K. Addo, *Human Rights Standards and the responsibility of transnational corporations*, Kluwer Law International, 1999, p. 40.

¹²⁵ *Vide infra*, Capítulo 4. El EITI, los derechos humanos y la buena gobernanza en el sector del gas y el petróleo.

¹²⁶ Véase además Dine, J., *Companies, International Trade...op.cit.*; Asbjørn Eide, “Universalization of Human Rights versus Globalization of Economic Power”, en Fons Coomans et al. (eds.), *Rendering Justice to the Vulnerable: Liber Amicorum in Honour of Theo Van Boven*, Kluwer Law International, 2000, pp. 99-119; M. T. Kamminga, *Holding Multinational Corporations Accountable for Human Rights...op.cit.*, pp.553-570.

¹²⁷ Pierre-Marie Dupuy, “Proliferation of actors”, en Rudiger Wolfrum y Volker Roeben (eds), *Developments of International Law in Treaty Making*, Springer, 2005, pp. 537-542. Muy interesante, aunque se centre en el papel de las ONG medioambientales en la creación de tratados multilaterales en este ámbito véase también Nagtzaam, Gerry, *The Making of International Environmental Treaties. Neoliberal and Constructivist Analyses of Normative Evolution*, Edward Elgar, 2009. En el mismo sentido, M. Abad Castelos, *La sociedad de la globalización... op. cit.*, p. 52.

se llegan a integrar en órganos de gobierno o técnicos de organizaciones internacionales (OIT, Organización Internacional de las maderas tropicales, etc.) desde donde se impulsan procesos multilaterales abiertos a la participación de actores no estatales, de creación de estándares internacionales, o se vigila el cumplimiento de los existentes. Además, en el ámbito de la adjudicación de controversias, la emergencia del arbitraje internacional con respecto a las inversiones extranjeras es otra prueba clara de la influencia de las EMN en la evolución de los mecanismos de solución de diferencias en el Derecho internacional público. Así, ambos, Estados e inversionistas, pueden incoar procedimientos contra la otra parte por ejemplo en virtud de las cláusulas de transferencia de la competencia nacional para solución de controversias en esta materia al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones¹²⁸, que opera en los Tratados Bilaterales de Inversión o en el mismo Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Esta actividad a nivel internacional de comunicación de intereses privados a los centros de decisión en el ámbito internacional (gobiernos de Estados e instituciones internacionales) es el modo tradicional de ejercer como actores de las relaciones internacionales. Pero ¿les convierte en sujetos del derecho internacional público? ¿Están las EMN dotadas de personalidad jurídica general o particular? ¿En qué medida? ¿También con respecto a los derechos humanos fijados por el derecho internacional? Para abordar correctamente todas estas cuestiones jurídicas complejas, es necesario conocer y separar correctamente distintas instituciones jurídicas.

En derecho internacional, como en el derecho interno, se ha distinguido tradicionalmente entre la posición de “destinatario” o “titular” de derechos y deberes subjetivos que emanan de normas internacionales generales o particulares, de la condición más rigurosa de “persona jurídica” o “sujeto” dentro de ese mismo ordenamiento.

3.1 Personalidad jurídica en derecho internacional

El concepto de “personalidad jurídica” adquiere sentido en relación con un sistema jurídico concreto¹²⁹. El derecho español fija quién tiene personalidad jurídica y con

¹²⁸ Sobre el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones de inversiones, en general, véase Hirsch, Moshe, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

¹²⁹ Víctor M. Sánchez (Ed.), *Derecho Internacional...op.cit.*, p. 135.

qué alcance, como lo hace también por ejemplo el derecho francés. El derecho internacional también tiene reglas que determinan quién (qué tipo de ser) y en qué medida (con qué alcance) goza de esa subjetividad internacional, así como qué entiende, a sus efectos, por subjetividad o personalidad jurídica internacional. En esta materia también la doctrina se manifiesta con mucha dispersión terminológica y conceptual¹³⁰, mezclando además cuestiones de *lege lata* (qué impone hoy el derecho internacional) con otras de *lege ferenda* (cómo se desearía que fuera), por lo que, a los efectos de este estudio, se acudirá a los razonamientos jurídicos de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), vertidos con tino en el asunto, en la opinión sobre la “Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas” (1949)¹³¹. Se ha entendido que este dictamen acrisola los elementos básicos de esta figura en el derecho internacional positivo.

3.1.1 Reparación de daños sufridos al servicio de la Naciones Unidas

Así, con respecto a los elementos definitorios de la personalidad jurídica internacional, la CIJ ha indicado que:

“En un sistema jurídico, los sujetos (“subjects”) de Derecho no son necesariamente idénticos entre sí en cuanto a su naturaleza o a la extensión de sus derechos; y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad... La Organización (tiene) personalidad internacional (“personality”) ... es decir, es un sujeto de Derecho internacional que tiene capacidad para ser titular de derechos y deberes internacionales y para prevalerse de sus derechos por vía de reclamación internacional”¹³².

Según la CIJ, este razonamiento indica que, en el derecho internacional:

¹³⁰ Los dos mejores estudios generales del estado de la cuestión en la actualidad serían el de Portmann, Roland, *Legal Personality in International Law*, Cambridge University Press, 2010; y Nijman, Janne Elisabeht, *The Concept of International Legal Personality. And Inquiry Into de History and Theory of International Law*, T. M. C. Asser Press, 2004. Aunque no se compartan elementos importantes de su propia doctrina, ambos presentan bien la diversidad conceptual sobre la personalidad jurídica, las doctrinas que orientan los mecanismos de establecimiento de la misma y la cuestión de su alcance diverso.

¹³¹ La Corte debía pronunciarse sobre si las Naciones Unidas, como organización, tenía personalidad jurídica, y por ello, si disponía de capacidad de interponer una demanda internacional contra un Estado si un agente de dicha organización había sufrido daños en circunstancias que podían envolver la responsabilidad de ese Estado. Reparación de daños sufridos al servicio de la Naciones Unidas, Opinión Consultiva, 11, abril, 1949, Corte Internacional de Justicia (CIJ), 1949.

¹³² *Ibidem*, p. 179.

- Las palabras “personalidad internacional” y “sujetividad internacional” son expresiones que crean una sinonimia total, es decir, perfectamente intercambiables en cualquier contexto.
- Hay sujetos de naturaleza diferente que pueden disponer de personalidad jurídica internacional.
- La personalidad o sujetividad internacional en el sistema de derecho internacional necesita de la superposición de dos manifestaciones jurídicas concretas: la capacidad de ser “titular de derechos y deberes internacionales” y la capacidad de “prevalerse de sus derechos por vía de reclamación internacional”. Habría que añadir también “o de que se les exija por vía de reclamación internacional sus deberes internacionales”, puesto que está en la lógica del razonamiento de la Corte. Se trata en todo caso de dos atributos acumulativos. No basta con ser titular de derechos y deberes internacionales. Es necesario que el titular de esos derechos y deberes disponga de capacidad con respecto a todos ellos o a algunos de ellos, de trabar relaciones de responsabilidad internacional (activa y/o pasiva). Esto implica también que si las relaciones de responsabilidad que se traban con motivo de la disputa sobre la posible vulneración de un derecho o deber individual creado mediante el derecho internacional (particular o general) no se puede sustanciar a través de un procedimiento propio del derecho internacional público (“reclamación internacional”), no hay personalidad jurídica internacional. La personalidad se debe proyectar sobre ambos planos simultáneamente: la fuente de creación de los derechos y deberes, y el mecanismo de solución de controversias sobre los mismos.
- La extensión de los derechos y deberes internacionales, así como el alcance de la capacidad para entablar relaciones activas o pasivas de responsabilidad internacional, puede variar en función de la naturaleza del sujeto, e incluso, entre sujetos de la misma naturaleza.

Por supuesto, en la doctrina hay otras definiciones de la personalidad jurídica internacional, como la de I. Brownlie, que añade un elemento extravagante: que esos

actores además tengan la “competencia para crear derecho internacional”¹³³; o el caso de R. Portmann que se contenta en su definición con la idea de que sean titulares de derechos o deberes internacionales “an act in legally relevant ways”¹³⁴, sin otorgar importancia al elemento de la responsabilidad internacional activa o pasiva ¿Basta cualquier acto jurídicamente relevante? ¿también si son sólo de derecho interno? No puede discutirse ahora las ventajas o inconvenientes de cada una de ellas, pero es evidente que el concepto de cada autor determina su conclusión sobre la posible personalidad jurídica internacional de las EMN. El presente análisis sobre el tema se hará siempre con plena adherencia al concepto sostenido por la CIJ.

3.1.2 ¿Tienen las Empresas Multinacionales personalidad jurídica internacional?

Planteado el tema, la cuestión de la titularidad directa de derechos o deberes individuales de las personas físicas o jurídicas, con su origen en el derecho internacional, no es en absoluto una cuestión novedosa del derecho internacional; se trata de algo ordinario cuando se aborda la temática del carácter self-executing o non-self executing de los tratados internacionales (u otra normas internacionales), esto es, su capacidad de generar derechos y obligaciones internacionales directos a las personas físicas o jurídicas. Es un tema que se aborda de modo recurrente en los manuales al uso de derecho internacional público¹³⁵ y, de forma muy especial, en los manuales de Derecho de la Unión Europea¹³⁶, en donde la jurisprudencia y los propios tratados han aceptado de modo general el efecto directo a los particulares, personas físicas jurídicas, tanto de múltiples disposiciones de los tratados originarios, como de los reglamentos, así como, excepcionalmente, de las directivas europeas (satisfechos ciertos requisitos), y de los propios acuerdos internacionales celebrados por la UE.

Sobre esta base conceptual, en la actualidad resulta algo ocioso seguir cuestionando la existencia de cierta subjetividad internacional propia de entes distintos a los Estados (las OOII, pero también otros sujetos no estatales). El derecho internacional ha reconocido, con uno u otro alcance, la titularidad de derechos y obligaciones, y la capacidad de entablar relaciones de responsabilidad internacional, a otros entes

¹³³ Crawford, James, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, 2012, p. 57.

¹³⁴ Portmann, Roland, *Legal Personality...op.cit*, p. 8.

¹³⁵ Víctor M. Sánchez (Ed.), *Derecho Internacional...op.cit*, p. 115 y 132.

¹³⁶ Víctor M. Sánchez (Ed.), *Derecho de la Unión Europea*, Ed. Huygens 2016, pp. 182-185

sociales como las organizaciones internacionales, los beligerantes en un conflicto, y también a las personas físicas y jurídicas. Sólo que el alcance de esa personalidad con respecto a esos sujetos de diversa naturaleza, como ya indicaba la CIJ, es limitado tanto con respecto a los derechos y deberes internacionales de los que se les hace titulares, como con respecto a las formas de sustanciación internacional de sus reclamaciones (activas o pasivas, cuando proceda). Se percibe en varios ámbitos. En particular para esta investigación, el que más interesa es el de los derechos humanos en donde las empresas han visto reconocidos, en ciertos tratados internacionales universales y regionales, la titularidad de derechos humanos y la correspondiente capacidad de acceder a los mecanismos de reparación específicos en caso de que resulten vulnerados por los Estados¹³⁷. Se trata principalmente de casos de “subjetividad activa”. Algunos de los procedimientos internacionales a los que acceden son jurisdiccionales. Otros no. La subjetividad internacional pasiva es más excepcional.

Para demostrar que el tema de la subjetividad internacional (activa o pasiva) de las empresas no es algo anómalo, se presentará primero el caso de la “subjetividad activa” de las empresas en el marco de la UE, que como se verá, también está conectado hoy día a la garantía de sus derechos fundamentales. Luego se analizarán por separado las cuestiones de la subjetividad internacional activa en otros círculos normativos internacionales específicos de los derechos humanos. Y al final se desarrollará un epígrafe específico relativo a su subjetividad internacional pasiva, siendo esta seguramente la más relevante para explicar la búsqueda de mecanismos alternativos de su responsabilidad en cuestiones relativas a los Derechos Humanos. ¿Cuál es así la pregunta correcta que formular con respecto a las EMN y el derecho internacional? Debe ser más precisa que la genérica de la subjetividad internacional. ¿La EMN pueden ser demandadas de algún modo dentro de sistemas de solución de diferencias propiamente internacionales por presuntas violaciones de derechos humanos? Para ello habría que detectar:

- Si tienen deberes internacionales en materia de derechos humanos.

¹³⁷ Hein van Kempen, Piet, “The Recognition of Legal Persons in International Human Rights Instruments: Protection Against and Through Criminal Justice?” en M. Pieth & R. Ivory (eds.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 9, 2011, p. 355-389.

- Si, acumulativamente, existen procedimientos generales o particulares propiamente internacionales que permitan sustanciar el incumplimiento de esos deberes en el plano internacional.

A ese haz de capacidades (titularidad de deberes e *ius standi* pasivo) lo denominamos subjetividad internacional pasiva de las personas jurídicas, en el presente estudio, por referencia a las empresas en general (nacionales o multinacionales).

3.1.2.1 Subjetividad activa de las empresas como personas jurídicas

El Estado dispone de una subjetividad plena, y, por lo tanto, es el titular de derechos y obligaciones conferidos por las normas jurídicas internacionales. Pero, teniendo en cuenta la posición actual de las EMN, ¿cuál es su situación jurídica en el plano internacional? A continuación, se estudia esta cuestión a través de los diferentes sistemas.

A) Unión Europea

El tema de la titularidad de derechos subjetivos internacionales que se derivan directamente del Derecho de la UE no ha recibido mucha atención doctrinal, siempre más ocupada en la cuestión de los derechos subjetivos de las personas físicas. Pero es fundamental en el ámbito en el que se mueve esta investigación, así como, en general, para los estudios en materia de Derechos Humanos y empresas. Al menos lo es para el conjunto de EMN (y resto de empresas) que están sometidas al Derecho de la Unión Europea. Hoy más que nunca.

Como es sabido, el art. 6.1 del Tratado de Lisboa¹³⁸ ha consagrado como parte del derecho de los Tratados, por remisión, la incorporación del conjunto de los derechos fundamentales que se recogen en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (o Carta de Niza de 7 de diciembre de 2000)¹³⁹ con rango de derecho

¹³⁸ Diario Oficial de la Unión Europea, *Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, 2007/C 306/01, 17 de diciembre de 2007.

¹³⁹ Diario Oficial de la Unión Europea, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, C 202/389, 7 de junio de 2016. La Carta en adelante.

primario¹⁴⁰. Este conjunto de derechos y libertades básicos constituyen una auténtica constitución material de la Unión¹⁴¹. Conforme al art. 51 de la Carta:

“Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.”

Así, este artículo 51 tiene como único objetivo fijar el alcance competencial de las instituciones con respecto a los derechos humanos, que no ha crecido por mor del art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE), esto es, no puede legislar “para desarrollar los derechos de la Carta en sí mismos, sino sólo de modo accesorio cuando invoque las competencias legislativas materiales de las que dispone conforme a otras disposiciones del TUE y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”¹⁴². Por lo tanto, los efectos directos de la Carta con respecto a los Estados: mantienen su competencia legislativa general en materia de derechos humanos y se obligan a respetarlos cuando apliquen el Derecho de la Unión, no cuando estén aplicando otras normas no comunitarias. En cualquier caso, ¿significa esta acotación que la Carta no está creando derechos a los particulares, personas físicas o jurídicas, relativas al respeto de los derechos fundamentales allí contenidos (o que no haya generado derechos subjetivos a los particulares)? La respuesta que hay que dar es negativa. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), como se verá, confirma que una parte de los Derechos fundamentales de la Carta tiene como titular activo a las personas jurídicas, esto es, también a las empresas, y no sólo a los particulares, continuando así una larga jurisprudencia en materia de efecto directo del Derecho de la UE.

¹⁴⁰ “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea... la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”.

¹⁴¹ Víctor M. Sánchez (Ed.), *Derecho de la Unión...op.cit.*, p. 53.

¹⁴² Diario Oficial de la Unión Europea, Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, C 83/49, 2010.

i) Efecto directo de los Tratados, reglamentos y decisiones: derechos subjetivos

En general la invocabilidad directa del derecho internacional convencional o consuetudinario está condicionada por la textura de la propia norma internacional que se invoca, sin que deba presumirse, ni descartarse¹⁴³. Así lo indicó el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en el famoso Asunto Van Gend & Loos (1963) con respecto a los Tratados de la UE:

“En consecuencia, el derecho comunitario, con independencia de la legislación de los Estados miembros (...) está también destinado a engendrar derechos que entran dentro de su acervo jurídico; [...] éstos no sólo nacen cuando el tratado hace una atribución explícita a su favor [...] según el espíritu, la economía y el texto del tratado, el artículo 12 tiene que ser interpretado en el sentido que produce efectos inmediatos y engendra derechos individuales que los órganos jurisdiccionales tienen que salvaguardar”¹⁴⁴.

Así, desde antiguo, el TJUE ha reconocido el efecto directo vertical y horizontal (o *drittwirkung*) tanto de muchas disposiciones de sus tratados como de los reglamentos y decisiones de la Unión¹⁴⁵; no así de las directivas que sólo pueden generar directamente derechos subjetivos a favor de los particulares (nunca deberes subjetivos) y cuya obligación inmediata de satisfacción recae exclusivamente sobre los Estados, y no sobre otros particulares, en ausencia de transposición a la normativa interna¹⁴⁶. Este efecto directo relativo generador de derechos subjetivos se ha extendido a los Derechos fundamentales de la Carta de Niza.

¹⁴³ Víctor M. Sánchez (Ed.), *Derecho Internacional...op.cit.*, p. 122.

¹⁴⁴El llamado *Asunto Van Gend & Loos* fue el primero en el que el TJCE estableció la noción de efecto directo o carácter *self-executing* en la terminología inglesa, del Tratado de la Comunidad Económica Europea. El caso se planteó en relación con el TCEE. El TJCE se tuvo que pronunciar en un recurso prejudicial sobre la posibilidad de que el art. 12 TCEE pudiera ser invocado directamente por un particular, la *empresa multinacional Van Gend & Loos*, para extraer un derecho subjetivo oponible a un Estado (Holanda). El antiguo art. 12 TCEE decía lo siguiente: «Los Estados miembros se abstendrán de introducir entre ellos nuevos derechos de aduana a la importación y a la exportación o impuestos de efecto equivalente, y de aumentar los que aplican en sus relaciones comerciales mutuas». La interpretación que hizo el TJCE de esta disposición afirma la capacidad de los tratados constitutivos mismos para crear derechos y obligaciones subjetivos en la esfera jurídica de los particulares, incluidas las empresas, que los tribunales y jueces nacionales están obligados a garantizar. En el marco de la UE estos derechos pueden ser tutelados por el TJUE, y los deberes, por ejemplo, en materia de competencia, son tutelados y, en su caso, sancionados, por la Comisión, en ejercicio de sus competencias de vigilancia contra la competencia desleal. Caso Van Gend & Loos (1963). STJCE de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, pp. 23-25.

¹⁴⁵ En el *Asunto Politi*, el TJCE afirmó también que el reglamento de la UE “es, como tal, apto para conferir a los efectos particulares derechos que las jurisdicciones nacionales tienen la obligación de proteger”. *Asunto Politi*, STJCE, de 14 de diciembre de 1971, as. 43/71, Rec. 1971, p. 1039, f.9.

¹⁴⁶ La primera sentencia del TJUE donde se reconoció el efecto directo de las Directivas fue el *Asunto Van Duyn*, Sentencia de 4 de diciembre de 1974, as. 41/74, Rec. 1974, p. 1337. Para ello las directivas deben ser *claras y precisas*, las disposiciones *incondicionales*, la norma *completa y perfecta*, y debe haber *expirado el plazo dado para la transposición* de la misma.

ii) Efecto directo de la Carta y subjetividad activa de las empresas en materia de derechos fundamentales

Pues bien, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009), han sido muy numerosos los casos ante su jurisdicción¹⁴⁷ en los que, de conformidad con el art. 6.1. TUE, el Tribunal ha aplicado directamente los derechos fundamentales recogidos en la Carta de Niza, con el mismo valor que los tratados, inclusive, sus efectos directos en la figura de las empresas, habilitándolas como titulares de los derechos fundamentales subjetivos contenidos en la Carta. Por lo tanto, con capacidad de buscar su tutela jurídica frente a los Estados, frente a las instituciones y órganos de la UE, e inclusive, con efectos horizontales frente a otras empresas o sujetos no estatales.

El TJUE ha admitido la titularidad directa por parte de empresas de múltiples derechos fundamentales recogidos en la Carta: derecho a la privacidad, incluida la inviolabilidad de su domicilio y las comunicaciones, así como a la protección de los datos personales (art. 7 y 8)¹⁴⁸; libertad de expresión e información (art. 11)¹⁴⁹; libertad de asociación (art. 12 Carta); libertad para conducir un negocio (art. 15 Carta)¹⁵⁰; por supuesto el derecho a la propiedad (art. 17 Carta); derecho a la igualdad ante la ley (art. 20 Carta)¹⁵¹; derecho a la negociación colectiva y a la acción colectiva (art. 28 Carta)¹⁵²; derecho a una buena administración (art. 41 Carta)¹⁵³; derecho de acceso a documentos públicos (art. 42 Carta)¹⁵⁴; derecho de petición (art. 44)¹⁵⁵;

¹⁴⁷ En el año 2010, el número de sentencias del TJUE que citaban en su parte expositiva la Carta fue sólo de 18. En el 2011 fue 47, 87 en el 2012 y 114 en el 2013. Para más información véase la web del TJUE. Disponible en https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/.

¹⁴⁸ TJUE, Caso C-583/13 P, *Deutsche Bahn and Others v Commission*, 18 de junio de 2015.

¹⁴⁹ TJUE, Caso C-157/14, *Neptune Distribution v Minister for Economic Affairs and Finance*, (Cuarta Cámara), 17 diciembre 2015.

¹⁵⁰ TJUE, Caso T-49/14, *Zentralverband des Deutschen Bäckerhandwerks v Commission*, 7 octubre 2015; TJUE, Caso C-157/14, *Neptune Distribution*; TJUE, Caso C-360/10, *SABAM v. Netlog*, 16 de febrero de 2012.

¹⁵¹ TJUE, Caso T-544/13, *Dyson v. Commission*, 11 de noviembre de 2015.

¹⁵² SE configura también en la Carta como un derecho fundamental de las empresas, art. 28: “Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga.”

¹⁵³ TJUE, Caso T-201/13, *Rubinum SA v Commission*, 21 de mayo de 2015. TJUE, Caso T- 296/12 *Health Food Manufacturers' Association and Others v Commission*, 12 de junio de 2015. Con respecto a la protección de este derecho fundamental de las empresas, la Comisión publicó unas guías para volver más transparentes los procesos de investigación de empresas relativos a las violaciones del derecho de la competencia, tituladas *Best Practices for antitrust proceedings and the submission of economic evidence and the enhanced role of the Hearing Officer, 2011* y *la Guidance on the role of the Hearing Officers in the context of antitrust proceedings, 2011*.

¹⁵⁴ Tribunal General (segunda cámara), Caso T-623/13, *Unión de Almacenistas de Hierros de España v European Commission*, 12 de mayo de 2015.

¹⁵⁵ El número de “peticiones” por parte de empresas es muy elevado. El derecho ya se configure como tal a favor de las personas jurídicas en el art. 44: “Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene el derecho de petición ante el Parlamento Europeo.”

derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47 Carta)¹⁵⁶; derecho a la presunción de inocencia y a la defensa (art. 48 Carta)¹⁵⁷ y derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por la misma infracción (art. 50)¹⁵⁸.

Este reconocimiento del efecto directo de estos derechos fundamentales para las personas jurídicas, a los efectos de este estudio se ha sustanciado a través de recursos de anulación, recursos de incumplimiento y también de recursos prejudiciales¹⁵⁹, en los que las empresas invocaban estos derechos, normalmente contra la administración. En los dos primeros tipos de recursos, la parte demandante son directamente las empresas. En el tercer tipo de recursos, no puede hablarse propiamente de una acción internacional a disposición de las empresas, pero confirma la titularidad directa de los derechos fundamentales que emanan de la UE, dentro del ordenamiento jurídico de los Estados que se presentan vía prejudicial ante el TJUE.

B) Consejo de Europa: el Convenio de Roma y otros

Este reconocimiento de la subjetividad activa europea en la jurisprudencia del TJUE es en realidad deudor del alcance subjetivo amplio que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ya había otorgado a los derechos de la Convención Europea de Derechos Humanos y protocolos adicionales. Como es sabido, de conformidad con el art. 34 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), pueden iniciar un procedimiento ante el TEDH para la protección de los derechos recogidos en el Convenio:

“cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos”¹⁶⁰.

¹⁵⁶ TJUE, Caso C-272/09, *KME Germany and Others v Commission*, 20 de enero de 2012; TJUE, Caso C-386/10, *Chalkor v Commission*, 20 de enero de 2012; TJUE, Caso C-272/09, *KME Germany and others v Commission*, 20 de enero de 2012.

¹⁵⁷ Aunque no hemos encontrado jurisprudencia al respecto, parece evidente en la medida en que el Derecho de la Unión Europea se ha abierto al derecho penal también y que, para este derecho, el TEDH ha reconocido también su extensión a las empresas. Véase más abajo la conexión entre la Carta y la Convención Europea de Derechos humanos.

¹⁵⁸ TJUE, Caso T-305/94 y otros asuntos acumulados, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV y otros contra la Comisión de las Comunidades Europeas*, 20 de abril de 1999, p. II-931.

¹⁵⁹ Asunto C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami y otros*, 3 de octubre de 2013; Asunto, C-247/87 *Star Fruit Company SA contra Comisión de las Comunidades Europeas*, 14 de febrero de 1989; Asunto 26/62 *Van Gend en Loos v Nederlandse Administraties Der Belastingen* (1963) ECR 3.

¹⁶⁰ Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. Publicado en: BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570.

Y así, el TEDH se ha encargado de perfilar caso a caso de qué derechos fundamentales de la Convención y sus protocolos son también titulares las personas jurídicas, entre ellas las empresas. El catálogo es muy amplio y ha sido seguido, en los casos en los que existe una correspondencia de derechos tutelables, por el TJUE que realiza constantes remisiones a la jurisprudencia de la TEDH para determinar el alcance de los derechos de la Carta de modo compatible con los derechos de la CEDH, puesto que el art. 52.3 de la Carta indica explícitamente que los derechos fundamentales garantizados por la misma tienen el mismo sentido y alcance que los que confiere el Convenio Europeo de Derechos Humanos (aunque se reserve la posibilidad de darles una protección más extensa). A título de ejemplo, en el asunto Neptune, el derecho a la libertad de expresión del art.11 de la Carta extiende sus efectos a las empresas, que también son titulares del mismo, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, en los siguientes términos:

”Esa libertad también está protegida por el artículo 10 del CEDH, que, según resulta de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se aplica en particular a la difusión por un empresario de informaciones de carácter comercial, en especial en forma de mensajes publicitarios [véanse TEDH, sentencias Casado Coca c. España de 24 de febrero de 1994, serie A no 285, § 35 y 36, y Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Austria (no 3) de 11 de diciembre de 2003, Recueil des arrêts et décisions 2003-XII, § 19 y 20]. (...) Pues bien, como sea que la libertad de expresión y de información prevista en el artículo 11 de la Carta tiene, según resulta del artículo 52, apartado 3, de ésta y de las explicaciones sobre la Carta referidas a su artículo 11, el mismo sentido y alcance que la libertad garantizada por el CEDH, se ha de apreciar que esa libertad comprende la utilización por un empresario en los envases, las etiquetas y la publicidad de las aguas minerales naturales de las declaraciones o las menciones que hagan referencia al contenido de sodio o de sal de esas aguas”¹⁶¹.

¹⁶¹ TJEU, Caso C-157/14, *Neptune Distribution v Minister for Economic Affairs and Finance*, (Cuarta Cámara), 17 Diciembre 2015, párrafos 64-65.

De este modo, el TEDH ha reconocido a las empresas (inclusive a las empresas públicas¹⁶²) la titularidad de ciertos derechos. De manera no exhaustiva, ya antes de la entrada en vigor del Protocolo núm. 11 al CEDH¹⁶³, en el Asunto Pine Valley Developments Ltd y Otros vs. Irlanda (1991)¹⁶⁴ se aceptó la presentación de quejas por vulneración de derechos fundamentales contenidos en el CEDH y de titularidad empresarial, a las propias empresas: en este caso del derecho a la propiedad (art. 1 del Protocolo 1 CEDH); el derecho a la no discriminación (art. 14 CEDH); y el derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional (art. 13 CEDH). Esta “titularidad de derechos” ha conllevado también el reconocimiento de su legitimidad activa directa para presentar casos ante los mecanismos internacionales propios de tutela que ha aportado la Convención y sus protocolos, y de su derecho a una satisfacción equitativa también por daños no pecuniarios (art. 41 CEDH). De conformidad con lo anterior, se observa la presentación de demandas por empresas o asociaciones de empresas, en su propio nombre y derecho, por ejemplo en el caso Tre Traktörer Aktiebolag vs. Suecia (1989)¹⁶⁵, con respecto al derecho a un procedimiento equitativo y a la presunción de inocencia (art. 6.1 y 6.2 CEDH), el derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH), el derecho a la propiedad (art. 1 Protocolo 1 CEDH); o el Asunto Société Colas Est v. France (2002)¹⁶⁶, en donde les reconoce el derecho al respeto a su domicilio (‘home’ en inglés, “docimile” también en francés) y correspondencia (elementos del derecho a la vida privada del art. 8 CEDH), el derecho remedial, una vez determinada la vulneración de un derecho fundamental de la Convención, a una “compensación” por daños pecuniarios directamente ligados a la vulneraci  n¹⁶⁷, así

¹⁶² “The applicant company is a public company whose registered office is at Carnaxide (Portugal)”. STEDH, *Caso Comingersoll S.A. v. Portugal*, Solicitud núm. 35382/97, 6 de abril 2000, par. 5”.

¹⁶³ *Protocolo número 11 al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio* (Estrasburgo, 11 de mayo de 1994), BOE núm. 152, de 26 de junio de 1998.

¹⁶⁴ TEDH, *Asunto Pine Valley Developments Ltd y Otros vs. Irlanda*, Sentencia de 29 de noviembre de 1991, Solicitud núm. 12742/87.

¹⁶⁵ TEDH, *Asunto Tre Trakt  rer Aktiebolag vs. Suecia*, Sentencia del 7 de julio de 1989, Solicitud núm. 10873/84.

¹⁶⁶ TEDH, *Asunto Société Colas Est v. France*, Sentencia de 16 de abril de 2002, Solicitud núm. 37971/97.

¹⁶⁷ Rechaza, en el caso concreto, los daños no pecuniarios, pero concede cuantiosos daños pecuniarios por violación del art. 6.1 CEDH y del art. 1 del Protocolo Adicional 1, en el *Asunto Immobiliare Saffi v. Italy*, Solicitud núm. 22774/93, Sentencia de 28 de julio de 1999, p  r. 76 y ss. Seguramente es lo que hace que no le parezca necesario enjuiciar en ese caso la cuestión de los daños morales: “As regards non-pecuniary damage, the Court considers that it is unnecessary to examine whether a commercial company may allege that it has sustained non-pecuniary damage through anxiety as, having regard to the facts of the case, it decides to make no award under this head”. Ha sentenciado que Italia debía abonar 28,440,150 de liras como daños pecuniarios directos, y 5.000.000 de liras por las costas y gastos procesales, además de un 2,5% de intereses anuales.

como también por otros no pecuniarios (morales) no ligados directamente a la vulneración declarada, en los términos del art. 41 CEDH¹⁶⁸.

Más allá del CEDH, otros tratados de la órbita del Consejo de Europa abundan en la idea de la existencia de derechos fundamentales de los que son titulares personas jurídicas y no sólo físicas. Así, la Carta Social Europea reconoce el derecho subjetivo de las empresas a “asociarse libremente en organizaciones nacionales o internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales” (pár. 5, Parte I; art. 5 Parte II); a la negociación colectiva y a llevar a cabo acciones colectivas –cierre patronal- (6, Parte I, art. 6 Parte II) y a todos “los nacionales de cada una de las Partes”, sin distinguir entre personas físicas o jurídicas a “ejercer, en el territorio de otra Parte, cualquier actividad lucrativa en condiciones de igualdad con los nacionales de esta última, sin perjuicio de las restricciones basadas en motivos imperiosos de carácter económico o social” (par. 18, Parte I, art. 18 Parte II). El Protocolo Adicional a la Carta Social Europea (1995), en vigor desde 1998, crea un sistema de reclamaciones por violaciones de los derechos sociales fijados en la Carta Social Europea que puede ser presentado por las organizaciones patronales (y sindicales)¹⁶⁹ reconocidas como entidades consultivas por el Consejo de Europa y que tengan especial competencia en la materia que se sustancia ante el Comité de Expertos Independientes y, en su último momento, ante el Comité de Ministros del Consejo de Europea.

C) Sistema Interamericano

El art. 44 de la Convención Americana sobre derechos humanos (1969)¹⁷⁰ (o Pacto de San José) indica que están legitimados para presentar peticiones ante la Comisión

¹⁶⁸ Este derecho de compensación por daños no pecuniarios dentro del art. 41 CEDH fue reconocido previamente en el *Asunto Comingersoll v. Portugal* (2000), *supra*, tras la declaración de una violación del derecho a un juicio justo (art. 6.1). Véase el par. 32, 35-7: “35. In the light of its own case-law and that practice, the Court cannot therefore exclude the possibility that a commercial company may be awarded pecuniary compensation for non-pecuniary damage... Non-pecuniary damage suffered by such companies may include heads of claim that are to a greater or lesser extent “objective” or “subjective”. Among these, account should be taken of the company's reputation, uncertainty in decision-making, disruption in the management of the company (for which there is no precise method of calculating the consequences) and lastly, albeit to a lesser degree, the anxiety and inconvenience caused to the members of the management team.”. Y así lo hice en el caso, tras constatar la violación del derecho a un juicio equitativo de la empresa demandante (art. 6.1 CEDH).

¹⁶⁹ Art. 1 “Las Partes contratantes del presente Protocolo reconocen el derecho de formular reclamaciones alegando una aplicación no satisfactoria de la Carta a las organizaciones siguientes: a.-las Organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores a que se refiere el párrafo 2 del art 27 de la Carta; b.-otras organizaciones internacionales no gubernamentales, que gocen de Estatuto consultivo en el Consejo de Europa y que estén inscritas en la lista establecida a estos efectos por el Comité Gubernamental c.-las organizaciones nacionales representativas de empleadores y trabajadores pertenecientes a la Parte contratante implicada en la reclamación de que se trate.”

¹⁷⁰ *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (CADH), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

Interamericana de Derechos Humanos con denuncias o quejas sobre la violación de la Convención por un Estado parte:

“Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”.

Esto ha hecho que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) haya confirmado la posibilidad de que las empresas sean titulares del derecho a presentar peticiones a la Comisión por violaciones de la Convención, aunque, según la jurisprudencia consolidada en el caso *Cantos v. Argentina* (2001), esto no quiere decir que se las considere también, en este caso, titulares de los derechos humanos recogidos en la misma, sino personas con capacidad de actuar o representar los derechos humanos de los propietarios individuales de las empresas en la medida en que estos pudieran haber sido violados:

“27. En el caso sub judice, la Argentina afirma que las personas jurídicas no están incluidas en la Convención Americana y, por lo tanto, a dichas personas no se les aplica sus disposiciones, pues carecen de derechos humanos. Sin embargo, la Corte hace notar que, en general, los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación. (...) 29. Esta Corte considera que, si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como si lo hace el Protocolo no. 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, esto no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho (...)”¹⁷¹.

De hecho, esta jurisprudencia es algo ambigua:

¹⁷¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Asunto Cantos vs. Argentina. Excepciones preliminares*. Sentencia del 7 de septiembre de 2001. Serie C núm 85. Párrafos 27 y 29.

- No descarta que las personas jurídicas o morales sean titulares de los derechos humanos propios de la Convención puesto que sólo dice que “en general” son derechos individualizables, esto es, trasladables a la esfera de las personas que las constituyen o que actúan en su representación (¿de las empresas o de los propietarios del capital?)¹⁷².
- Entiende que en la mayor parte de los casos los derechos defendidos por la empresa mediante su queja serán derechos humanos de sus socios (o de los representantes de la empresa) y que su acción ante la Comisión sería una forma de representación de los mismos.

De este modo, no cabría descartar que las empresas, como los particulares u otras asociaciones, pudieran incluso ejercer esa acción *pro-bono*, esto es, en favor de terceros. Como es sabido, el art. 44 de la Convención crea una suerte de acción popular que permite disociar al titular del derecho violado del actor de la queja. Se observa así, que el sistema interamericano acepta que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reciba quejas de individuos que no sean víctimas directas de la violación, por lo que se amplía el *ius standi* del individuo ante la Comisión¹⁷³. No obstante, el artículo 61 del mismo cuerpo declara que “sólo los Estados parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”. Por consiguiente, la subjetividad internacional activa está limitada, por ello, a los procedimientos de tutela de los derechos humanos que se sustancian ante la Comisión interamericana de Derechos

¹⁷² De hecho, la jurisprudencia de la Comisión Interamericana dice seguir la propia del *Asunto Pine Valley Developments Ltd y Otros vs. Irlanda*, del TEDH, Sentencia del 29 de noviembre de 1991. Solicitud núm. 12742/87, pár. 42, que ciertamente, consideró artificial desentrañar si las dos empresas o el Sr. Healy, su propietario, eran los titulares de los derechos alegados. *Healy Holdings* era una EMNs, y *Pine Valley* una filial, cuya propiedad al completo era de *Healy Holdings*. La cita no es del todo oportuna porque en realidad lo que dice el TEDH es que las dos empresas y el propietario podían ser considerados, acumulativamente y no de modo excluyente como parece sugerir la Comisión, como titulares de los derechos cuya violación por Irlanda se alegaba. Así, en el mismo pár. 42 citado por la Comisión Interamericana, el TEDH reconoce expresamente con respecto a *Pine Valley* que “this company that applied for planning approval in August 1982 and initiated the proceedings in the second *Pine Valley* case (see paragraphs 18 and 20 above). In the Court’s view, this suffices to permit a claim of violation to be made on its behalf.” Y lo mismo hace en el mismo párrafo con respecto a la otra empresa y al propietario de ambas: “on the financial status of Healy Holdings and Mr Healy. Whilst that status may, of course, be of importance or have effects on the domestic level, it is, in the Court’s opinion, of no relevance as far as entitlement to claim to be a victim of a violation is concerned. Insolvency cannot remove the right which Article 25 (art. 25) of the Convention confers on “any person”. Y luego en el pár. 49 lo confirma indicando que: “To sum up, the Court is able to take cognisance of the merits of the case, in its entirety and as regards all three applicants”. Los derechos de los que eran titulares las tres personas, 2 empresas y un particular, eran el derecho a la propiedad (art. 1 del Protocolo 1), aunque afirmó que no había habido violación del mismo; el derecho a la no discriminación (art. 14 de la Convención junto con el art. 1 del Protocolo), que fue violado tanto con respecto a Mr. Healy como con respecto a *Healy Holdings* (pár. 64); y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 13 de la Convención), que también fue descartado.

¹⁷³ *Asunto Hilaire vs. Trinidad y Tobago. Excepciones preliminares*. Sentencia del 1 de septiembre de 2001. Serie C núm. 80, Pár. 3. Entre enero y mayo de 1999 la Comisión recibió siete peticiones de varias firmas británicas de abogados (“los peticionarios”), en nombre de siete supuestas víctimas cuyos derechos habrían sido violados por el Estado. Los ‘peticionarios’ eran así empresas de abogados británicos, que actuaban a favor de los derechos humanos de particulares.

Humanos, que es la piedra angular del acceso de las personas físicas o jurídicas al mecanismo de protección de la Convención Americana.

D) Sistema Africano

La personalidad jurídica internacional también ha sido reconocida en el ámbito de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos¹⁷⁴ en la medida en que ha admitido la presentación de quejas por parte de personas jurídicas, tanto como *actio popularis* como en la defensa de sus derechos de conformidad con la Carta¹⁷⁵. La Comisión Africana en su informe Principles and Guidelines on the Rights to a fair Trial and Legal Assistance in Africa (2001) reconocía así que:

“States must ensure, through adoption of national legislation, that in regard to human rights violations, which are matters of public concern, any individual, group of individuals or nongovernmental organization is entitled to bring an issue before judicial bodies for determination”¹⁷⁶.

Esto lleva a concluir, desde la posición adoptada en este trabajo sobre la personalidad jurídica internacional, que las EMN, y otras empresas, gozan de subjetividad jurídica internacional con respecto a los dos convenios regionales citados: son titulares de los derechos fundamentales de los que pueden ser destinatarios por su naturaleza como personas jurídicas, y tienen además capacidad para activar el procedimiento internacional específico recogido en ambos instrumentos. No se trata, por ello, de una personalidad jurídica general ni universal. No es general porque se proyecta sólo sobre estos derechos, y tampoco universal, porque no se puede ejercer frente a todos los Estados. Sólo frente a los firmantes de ambos convenios.

E) Sistema universal: ausencia de subjetividad internacional activa

Por contra, en el caso de las personas jurídicas (empresas, y la EMN incluidas), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) ha descartado ambos

¹⁷⁴ Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), aprobada el 27 de julio de 1981.

¹⁷⁵ Por ejemplo, con respecto a la libertad de expresión: ACHPR, Comm. 275/03, Art. 19 v. *The State of Eritrea, Decisión sobre el fondo*, 30 de mayo de 2007; la libertad de asociación, ACHPR, Comm. 101/93, Civil Liberties Organization (in respect of the Nigerian Bar Association) / Nigeria, *Decisión sobre el fondo*, para. 37, 22 de marzo de 1995; o el derecho a la propiedad, ACHPR, Comm. 140/94-141/94-145/95 Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organisation and Media Rights Agenda / Nigeria, *Decisión sobre el fondo*, para. 54, 5 de noviembre de 1999.

¹⁷⁶ African Union, *Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa*, 2003, E) Locus Standi, p. 5.

elementos de la personalidad jurídica internacional: no son los destinatarios de los derechos allí contenidos como señaló el Comentario General 31 del Comité de Derechos Humanos:

“Los beneficiarios de los derechos reconocidos en el Pacto son los individuos. Si bien, a excepción del artículo 1, el Pacto no menciona los derechos de las personas jurídicas o de entidades o colectividades similares, muchos de los derechos reconocidos en el Pacto, como la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias (art. 18), la libertad de asociación (art. 22) o los derechos de los miembros de minorías (art. 27), pueden ser disfrutados colectivamente. El hecho de que la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones se limite a las presentadas por individuos, o en nombre de éstos (artículo 1 del Protocolo Facultativo), no impide que un individuo alegue que una acción u omisión que atañe a una persona jurídica o entidad similar equivale a una violación de sus propios derechos”¹⁷⁷.

Aunque sí reconoce esa capacidad el Protocolo facultativo al Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado el 10 de diciembre de 2008, que permite al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales conocer comunicaciones individuales presentadas por “personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte” (art. 2)¹⁷⁸.

3.1.2.2 Subjetividad internacional pasiva de las personas jurídicas

¿Son las empresas (y por consiguiente las EMN) titulares también de deberes internacionales de respetar ciertos derechos sustantivos (por ejemplo, los derechos humanos)? ¿Existen también procedimientos internacionales específicos para reclamar su responsabilidad? La subjetividad internacional pasiva no ha emergido con la misma fuerza que la subjetividad internacional activa como mecanismo para enjuiciar conductas de las empresas contrarias a sus deberes internacionales. Lo predominante sigue siendo que las empresas vean controladas judicialmente sus actuaciones en los foros o jurisdicciones internas de los Estados. Sin embargo, no

¹⁷⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General número 31, *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mayo de 2004, para. 9.

¹⁷⁸ *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Resolución A/RES/63/117 adoptada el 10 de diciembre de 2008.

puede obviarse que las empresas sí son titulares de deberes internacionales de respeto de los derechos humanos positivados internacionalmente. Pero el derecho internacional adolece de mecanismos propios para evaluar su cumplimiento.

A) Titularidad de deberes internacionales

i) Debates

Durante los debates preparatorios de la Convención de Viena sobre el derecho de tratados (1969), la Comisión de Derecho Internacional (CDI) se había encontrado debatiendo sobre esta misma cuestión en el año 1964. El proyecto de artículos presentado por el Relator Especial H. Waldock señalaba en el artículo 66:

“Where a treaty provides for obligations or rights which are to be performed or enjoyed by individuals, juristic persons or groups of individuals such obligations or rights are applicable to the individuals, juristic persons, or groups of individuals in question:

- Through the contracting States by their national systems of law;
- Through such international organs and procedures as may be specially provided for in the treaty or in any other treaties or instruments in force”¹⁷⁹.

La propuesta fue finalmente rechazada por considerarse superflua¹⁸⁰, lo que hizo que cayera del proyecto de artículos. Pero, en realidad, no hubo ninguna oposición relevante en los miembros de la CDI en favor de la afirmación contenida en la propuesta: ciertos tratados internacionales habían atribuido derechos y deberes subjetivos a personas físicas o jurídicas y había que podían reclamarse directamente por los mismos a través de mecanismos internacionales de garantía de su cumplimiento. El relator citó, entre otros, los procedimientos específicos de la Convención Europea de Derechos Humanos. Nada hay en el derecho internacional, así, que impida hacer a las personas jurídicas (y no sólo a las físicas) titulares de derechos sino también de deberes subjetivos que emanan directamente del derecho internacional. De hecho, en el derecho positivo se ha reconocido desde inicios del s. XX que es posible crear derechos, pero también deberes subjetivos a las personas

¹⁷⁹Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1964. Vol. II, *Tercer Informe sobre el Derecho de los Tratados*, por Sir Humphrey Waldock, Relator Especial, A/CN.4/167 y Add. 1-3, pp. 44-45.

¹⁸⁰ Para la discusión y rechazo dentro de la Comisión de Derecho Internacional, 441 reunión de 9 de junio de 1964, véase *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. I, A/CN.4/SERA/1964, p. 114- 119.

físicas y jurídicas a través de normas internacionales. Ilustrativamente, hoy existen tratados multilaterales que imponen obligaciones directamente a las empresas. Así en el ámbito de daños por actividades de alto riesgo, el art. 6 de la Convention on Civil Liability for Damage resulting from Activities Dangerous to the Environment¹⁸¹ establece que:

“The operator in respect of a dangerous activity mentioned under Article 2, paragraph 1, sub-paragraphs a to c shall be liable for the damage caused by the activity as a result of incidents at the time or during the period when he was exercising the control of that activity”¹⁸².

Siendo definido el operador como cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que ejerce el control sobre una actividad peligrosa (art. 2.5 y 2.6). También fija este deber subjetivo individual de reparar por parte de la empresa la International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (1992)¹⁸³ en su art. III.1:

“Except as provided in paragraphs 2 and 3 of this Article, the owner of a ship at the time of an incident, or, where the incident consists of a series of occurrences, at the time of the first such occurrence, shall be liable for any pollution damage caused by the ship as a result of the incident”¹⁸⁴.

Así, ¿el derecho internacional de los derechos humanos ha creado deberes internacionales de respeto de estos cuyo titular son también las empresas, y no sólo los Estados? La respuesta doctrinal al respecto no es pacífica¹⁸⁵. En contra se esgrimen razonamientos poco consistentes. Giran alrededor de la idea tradicional de que los derechos humanos son una forma de protección de las personas frente a los poderes del Estado no frente a otras personas físicas o jurídicas. Skogly, recuerda que:

¹⁸¹ Consejo de Europa, *Tratado número 150*, de 21 de junio de 1993. En el momento de escribir esta tesis este tratado todavía no ha entrado en vigor a pesar de que fue adoptado en 1993.

¹⁸² Véase también el art. 7 fijando la responsabilidad civil individual para los operadores de depósitos de desechos peligrosos.

¹⁸³ Organización Marítima Internacional, *Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos*. Adoptado el 29 de noviembre de 1969; Entrada en vigor: 19 de junio de 1975; siendo substituido en 1992 por el Protocolo de 2003 relativo al Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1992.

¹⁸⁴ Véase también el *Convenio relativo a la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de materiales nucleares*, BOE número 199, de 20 de agosto 1975, pp. 17622 y ss.

¹⁸⁵ Véase por ejemplo. Douglas Bishop, John, “The limits of Corporate Human Rights Obligations and the Rights of For-Profit Corporations” en *Business Ethics Quarterly*, Volume 22, Issue 1, 2012, pp. 121-122.

“the history of human rights regulation on a national and international level emphasizes that the intention with the legal regulations was to protect the individual from the excessive use of power on part of the state”¹⁸⁶.

De esta idea, algo vaga, resultaría que el único titular de deberes internacionales de respeto a los derechos humanos serían los Estados. Trasladar esos deberes a terceros no estatales trivializaría los derechos humanos e ignoraría su origen histórico. Otras conductas lesivas del ser humano llevadas a cabo por personas privadas estarían simplemente fijadas por la ley¹⁸⁷. Una crítica fácil a esta doctrina es la veracidad de su fundamentación en el origen de los derechos humanos. Ciertamente, si se toma como punto de referencia la “Déclaration des Droit de l’Homme et du Citoyen” (1789), no hay duda de que en su preámbulo se hace una mención especial a que los actos “du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif” sean siempre contrastados con los derechos y libertades allí formulados. Pero esos mismos derechos se presentan como “derechos naturales, inalienables y sagrados”, esto es, previos al pacto social, a la existencia misma de instituciones públicas. De ahí que también en el preámbulo se afirme que “tous les Membres du corps social” gozan de aquellos derechos enumerados, pero también tiene el “leur devoir” de respetarlos. Y así, la misma definición de “libertad”, que debe ser garantizada, también se expresa como un deber. Es el poder de hacer lo que no daña a nadie y tiene como límite el deber de no restringir los derechos y libertades del resto, como se afirma en el art. 4 de la Declaración:

“La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.”

Así, los derechos y libertades fundamentales nunca se concibieron exclusivamente como un límite a los poderes públicos, sino más bien como un límite de la capacidad de acción de todos los miembros del cuerpo social. De hecho, lo que presupone justamente aquellos orígenes de los derechos humanos es que la “Ley” es la que desarrolla y restringe aquellos derechos y libertades fundamentales para todos como

¹⁸⁶ Skogly, Sigrun I., “Economic and Social Human Rights, Private Actors and International Obligations” en Michael K., Addo, *Human Rights Standards and the responsibility...op.cit.*, pp. 244.

¹⁸⁷ Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, 2006, p. 33.

máxima expresión de la voluntad general (art. 6) pues este es el fin de cualquier asociación política: “la conservation des droit naturels et imprescriptibles de l’Homme” (art. 2). Por lo tanto, a la hora de proteger un determinado derecho, no debería tenerse en cuenta la naturaleza pública o privada del acto que lo vulnera¹⁸⁸ en tanto el efecto sobre el individuo será el mismo¹⁸⁹.

De ahí que todo el debate sobre la existencia o no de un deber internacional de respetar los derechos humanos por las empresas parezca algo hueco. No es necesario acudir a interpretaciones expansivas del Derecho internacional para alcanzar la conclusión de que efectivamente se pueden haber creado deberes internacionales para las empresas en este ámbito a la hora de cumplir su objetivo de protección del ser humano.

ii) Deber internacional latente

Como indica el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, no sólo los tratados internacionales son fuentes válidas del derecho internacional. La costumbre y los principios generales del derecho pueden ser también vehículos de creación de derechos y obligaciones internacionales, cuya exigibilidad subjetiva dependerá del contenido de la norma consuetudinaria o del principio general del derecho invocado. Así, la postura adoptada en esta investigación es que se cree que, justamente en el ámbito de los Derechos humanos, subyace desde su tratamiento inicial en derecho internacional, un principio general del derecho internacional que reconoce que también las personas físicas y jurídicas son titulares, junto con los Estados, de un deber internacional de respeto de los derechos humanos fundamentales contenidos, en especial, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en la misma medida en que cualquiera de esos derechos se ha convertido, a través de la costumbre, en una exigencia imperativa de respeto por los Estados. Esto se deriva, de la valoración de múltiples textos internacionales que recuerdan en este aspecto a la propia Declaración de los Derechos del Hombre (1789):

¹⁸⁸ En esta línea, nos parece muy acertada la afirmación de C. Mackinnon; “if your human rights are going to be violated, pray it is by someone who looks like a government, and that he already acted, and acted wrong”. Citado en Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations...op. cit.*, p. 35.

¹⁸⁹ Skogly, Sigrun I., *op. cit.*, p. 243.

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)¹⁹⁰ proclamada solemnemente por la Asamblea General de las Naciones Unidas, recuerda en su Preámbulo y en su última disposición que la “promoción” y el “respeto” de los Derechos Humanos fundamentales allí declarados es una responsabilidad de todos, individuos, instituciones, personas y “grupos de personas”. Términos suficientemente amplios para incluir a las empresas, tanto en la categoría de “personas” como en la de “grupo de personas”, creando además en su art. 30 un deber de abstención general de vulneración de los derechos recogidos que se extiende explícitamente a cualquier “persona” o “grupo de personas”.
- También la Declaración de Río (1992) sobre el medio ambiente y el desarrollo¹⁹¹ (pieza fundamental en la conceptualización del “desarrollo sostenible”) en sus principios 5, 10, y 27 evidencia que la obligación de todos, sin distinción, Estados, individuos y otras personas jurídicas, es hacer avanzar el desarrollo sostenible, concepto que encuentra embebido en su interior el respeto a los derechos humanos.
- Igual de significativo es el Pacto Mundial (1999)¹⁹² (Global Compact) de la ONU presentado por el Secretario General de las Naciones Unidas ante el Foro Económico Mundial (Davos) el 31 de enero de 1999. La iniciativa se materializó el 26 de julio de 2000 cuando Kofi Annan llamó a los responsables de las empresas para que se “aliaran con la Organización con el fin de crear un “impacto global” en cuestión de valores y principios compartidos para

¹⁹⁰ Resolución 21/A (III) de la Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos* (DUDH), 10 de diciembre de 1948.

¹⁹¹ Informe de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. 1), Anexo I, 3-14 junio de 1992.

¹⁹² Pacto Mundial de Naciones Unidas, 1999. El Pacto Mundial se estructura en diez principios los cuales se basan en Declaraciones y Convenciones Universales. En un inicio la iniciativa se encontraba constituida por nueve principios: dos sobre derechos humanos (fundados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos); cuatro sobre normas laborales, (inspirados en la Declaración de la OIT sobre Principios fundamentales) y, tres sobre medio ambiente (centrados en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo). En 2004, se añadió el décimo principio relacionado con la corrupción (tomando como referencia la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción). De este modo, en la actualidad, el Pacto se configura a través de los siguientes 10 Principios: 1. Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos proclamados en el ámbito internacional; 2. Las empresas deben asegurarse de no ser cómplices en abusos a los derechos humanos; 3. Las empresas deben respetar la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva; 4. Las empresas deben eliminar todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; 5. Las empresas deben abolir de forma efectiva el trabajo infantil; 6. Las empresas deben eliminar la discriminación con respecto al empleo y la ocupación; 7. Las empresas deben apoyar los métodos preventivos con respecto a problemas ambientales; 8. Las empresas deben adoptar iniciativas para promover una mayor responsabilidad ambiental; 9. Las empresas deben fomentar el desarrollo y la difusión de tecnologías inofensivas para el medio ambiente; y 10. Las empresas deben trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluyendo la extorsión y el soborno. En la actualidad, el Pacto cuenta con el apoyo de más de 9.500 empresas y 3.000 organizaciones, con sede en más de 160 países y más de 70 redes locales. United Nations Global Compact, Pacto Mundial de las Naciones Unidas, Una llamada a la acción para empresas sostenibles, p. 3. Disponible en: https://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2018/02/Flyer-New-Strategy-GC-2018_20180126.pdf. Recuperado en mayo de 2021.

aportar una faceta humana al mercado global”¹⁹³. El Pacto Mundial promueve 10 principios básicos relativos a la protección de los derechos humanos, las normas laborales, el medio ambiente, y la lucha contra la corrupción. Aspectos claramente ligados a la Responsabilidad Social de la Empresa.

- También se sumaría a esta idea de los efectos horizontales de los Derechos Humanos protegidos por el derecho internacional la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU de 13 de agosto de 2003, titulada “Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos”¹⁹⁴. En su preámbulo se resalta esta dualidad de responsabilidades del Estado y de las empresas multinacionales en los siguientes términos:

” Reconociendo que, aunque los Estados tienen la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, en su calidad de órganos de la sociedad, también tienen la responsabilidad de promover y proteger los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

- Y algo más reciente, la Resolución 17/4 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “Los derechos humanos, las empresas transnacionales y otras empresas”¹⁹⁵, que recuerda en su preámbulo que, aunque la responsabilidad principal en la promoción y protección de los derechos humanos sigue correspondiendo a los Estados, también subraya que:

“las empresas multinacionales y otras empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos (...) el funcionamiento responsable de estas puede contribuir a promover la protección, el ejercicio y el respeto de los derechos humanos y ayudar

¹⁹³ Véase, Naciones Unidas, Crónica ONU. Disponible en: <https://www.un.org/es/cr%C3%B3nica-onu/el-pacto-mundial-de-la-onu-la-b%C3%BAscueda-de-soluciones-para-retos-globales>. Recuperado en octubre de 2021.

¹⁹⁴ *Las Normas sobre responsabilidades de las empresas transnacionales y otras entidades comerciales en materia de Derechos Humanos*, Doc. ONU, E/CN.4/Sub2/2003/12/Rev.2, 26 agosto 2003.

¹⁹⁵ Asamblea General, Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/17/4, 6 de julio de 2011.

a canalizar los beneficios de las empresas hacia el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

Así, en la actualidad, es posible decir que las propias empresas tienen un deber universal de promover y respetar los derechos fundamentales básicos consagrados por el derecho internacional general, en esencia, los que alcanzan esa categoría dentro de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Este deber se ha visto reforzado por la propia adhesión generalizada de las empresas a los compromisos contenidos en el Pacto Mundial de las Naciones Unidas (1999), con más de 10.000 entidades firmantes en más de 130 países; y por la existencia de otras declaraciones y manifiestos empresariales, como el proclamado en la sede de las Naciones Unidas, bajo los auspicios del Pacto Mundial, el 6 de octubre de 2009 por la Fundación Ética Mundial creada por grandes EMN¹⁹⁶.

B) Responsabilidad pasiva internacional

Pero determinar, que las empresas tienen también el deber de respetar e impulsar los derechos humanos esenciales no es suficiente. Para configurar la subjetividad pasiva internacional de las empresas por la violación de aquel deber internacional de promover y respetar los derechos humanos que se han configurado a nivel universal como normas erga omnes, o de aquellos otros deberes internacionales de respeto de los derechos humanos que puedan figurar en tratados internacionales particulares, se deberían crear, tanto a nivel regional como universal, mecanismos internacionales que establezcan su incumplimiento.

i) La regla de la responsabilidad nacional: daños al medio humano, inclusive los derechos humanos

En ámbitos extraños a los derechos humanos, el reconocimiento de deberes internacionales de reparación de las empresas no se ha emparejado a la articulación de mecanismos institucionales para su sustanciación. Así, la International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (1992), tras fijar la obligación de reparar de las empresas por daños, determinaba las jurisdicciones nacionales competentes para determinar las compensaciones debidas (art. IX); y lo mismo sucede con la Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the

¹⁹⁶ Manifiesto *Ética Económica Global*, proclamado en la sede las Naciones Unidas en New York, el 6 de octubre de 2009.

Environment (1993) que ubica en las jurisdicciones nacionales las acciones para obtener compensación atendiendo a nexos razonables para el ejercicio de la misma (art. 19). Lo mismo sucede dentro del ámbito de los derechos humanos.

Ilustrativamente, a nivel regional el art. 34 CEDH indica que:

“El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.”

Y lo mismo sucede con el art. 44 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH):

“Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”.

Así que, las acusaciones de vulneración del deber internacional de respetar los derechos humanos de ambos convenios sólo son presentables en estos foros jurisdiccionales internacionales contra Estados, no contra las personas físicas o jurídicas. El incumplimiento por personas jurídicas de aquellos deberes internacionales sólo se puede sustanciar, para ambos tratados, en las jurisdicciones internas, vía civil, penal o laboral. Lo mismo sucede en el ámbito del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁹⁷ o del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁹⁸ (1966): los procedimientos de vigilancia de su cumplimiento se proyectan en exclusiva sobre los deberes de los Estados, no de los que individuos.

Esta ausencia general de subjetividad pasiva internacional de las personas jurídicas, para esta investigación, de las empresas, sean estas EMN o empresas

¹⁹⁷ Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP), A/RES/2200 A (XXI), 1966.

¹⁹⁸ Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC), A/RES/2200 A (XXI), 1966.

nacionales, se extiende además a un ámbito en el que, sin embargo, ya se ha consagrado de modo general la subjetividad pasiva internacional de las personas físicas: los crímenes internacionales relacionados con graves vulneraciones de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario. Ninguno de los tribunales internacionales creados en esta materia extiende su jurisdicción sobre las personas jurídicas.

ii) Ausencia de responsabilidad penal internacional general

En el art. 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) titulado “Responsabilidad penal individual” se fija con carácter general que “la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales”¹⁹⁹. Esta regla de limitación de la competencia *ratione personae* de la CPI había sido adoptada por los pioneros tribunales de Nuremberg²⁰⁰ y Tokyo²⁰¹, y más tarde por los tribunales internacionales ad hoc para la Antigua-Yugoslavia²⁰² y Ruanda²⁰³.

La limitación de su jurisdicción *ratione personae* no supone, por supuesto, que no se pueda especular sobre la posibilidad de que las empresas puedan también ser imputadas por delitos internacionales como el genocidio o los crímenes de lesa humanidad tipificados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), a pesar de ser delitos que exigen un dolo especial (crímenes que necesitan de una *mens rea*²⁰⁴). Pero esto sólo es posible hoy día a través del derecho interno. Como es notorio, el derecho de muchos Estados, entre ellos el nuestro²⁰⁵, ha superado desde hace tiempo

¹⁹⁹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, A/CONF.183/9, 7 de julio de 1998, BOE núm. 126, 27 de mayo de 2002.

²⁰⁰ Art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo, de 8 de agosto de 1945.

²⁰¹ Art. 5 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente. En *A Decade of American Foreign Policy: Basic Documents, 1941-49*, prepared at the request of the Senate Committee on Foreign Relations by the Staff of the Committee and the Department of State. Washington, DC: Government Printing Office, 1950, p. 961.

²⁰² Art. 27.1, Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991, Resolución 827 del Consejo de Seguridad, de 25 de mayo de 1993.

²⁰³ Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se crea un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales perpetrados en Ruanda.

²⁰⁴ En general sobre la historia comparativa de la responsabilidad criminal de las empresas, véase el resumen de Markus Wagner (“Corporate Criminal Liability National and International Responses”, being a Background Paper for the International Society for the Reform of Criminal Law 13th International Conference on “Commercial and Financial Fraud: A Comparative Perspective”, Malta, 8-12 julio de 1999. Contiene un estudio de la responsabilidad criminal de las empresas en EE.UU, Gran Bretaña, Canadá, Francia, China, Japón y Alemania.

²⁰⁵ Uno de los impactos de la RSE en la normativa ha sido las dos últimas reformas del Código Penal (CP) que consagran la responsabilidad penal de las empresas por delitos cometidos a su amparo y desarrolla su obligación de disponer de mecanismos de *due diligence* internos que prevengan su comisión para quedar exentas de responsabilidad penal como personas jurídicas. Véase el nuevo art. 31 bis del CP, conforme la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El abanico de delitos atribuibles a las empresas es amplio y va más allá de los delitos económicos, pero no general. Algunos de ellos tienen expresamente habilitada la jurisdicción extraterritorial española dentro del art. 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Las empresas pueden cometer estos delitos: delito

la máxima *societas delinquere non potest*²⁰⁶, lo que permite hoy la imputación directa de ciertos delitos a personas jurídicas y su persecución debida en el plano interno²⁰⁷. Hay que estudiar legislación a legislación en qué medida se ha extendido a este tipo de persona la posibilidad de atribuirles directamente este o aquel crimen internacional o nacional. Por lo tanto, se confirmaría que tampoco en este campo se ha abierto la subjetividad pasiva penal internacional de las empresas, que es algo técnicamente distinto. De hecho, se descartó expresamente durante los trabajos preparatorios del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En el año 1997 se presentó a la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional el “Informe del Comité preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional”²⁰⁸. En esa propuesta, el proyecto de art. 23 (actual art. 25 ECPI), titulado “Responsabilidad penal individual” se iniciaba indicando que la Corte “ejercerá jurisdicción sobre las personas naturales...”, pero contenía también las secciones 5 y 6 entre corchetes que dejaban a consideración de los plenipotenciarios el siguiente texto:

de tráfico y trasplante ilegal de órganos humanos (art. 156 bis CP); delito de trata de seres humanos (art. 177 bis CP); delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores (arts. 187 a 189 CP); delito de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 CP); delitos de estafa (arts. 248 a 251 CP); delitos de insolvencia punible (arts. 257 a 261 CP); delito de daños informáticos (art. 264 CP); delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (arts. 270 a 288 CP); delito de blanqueo de capitales (art. 302 CP); delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (arts. 305 a 310 CP); delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas (art. 318 bis CP); delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319 CP); delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 325 CP); delito de establecimiento de depósitos o vertederos tóxicos (art. 328 CP); delito relativo a las radiaciones ionizantes (art. 343 CP); delito de estragos (art. 348 CP); delitos de tráfico de drogas (arts. 368 y 369 CP); delito de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis CP); delitos de cohecho (arts. 419 a 427 CP); delitos de tráfico de influencias (arts. 428 a 430 CP); delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 CP); y delito de captación de fondos para el terrorismo (art. 576 bis CP). A respecto léase, Sánchez, Víctor M. y Ortiz, Aída, “La aplicación en España del marco europeo de la responsabilidad social de la empresa”, en Joaquín Alcaide y Eulalia W. Petit (ed), *España y la Unión Europea en el orden internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, pp. 1109- 1120.

²⁰⁶ Véase al respecto, Stoitchkova, D. Ee, *Towards Corporate Liability in International Criminal Law*, Intersentia, 2010, p. 7 y ss.

²⁰⁷ El debate no es únicamente sobre ‘responsabilidad criminal sí o no, también sobre cuáles son los modelos de responsabilidad criminal de las empresas más eficientes para la prevención del delito. Véase al respecto un análisis económico con las tres posibles alternativas en Arlen, Jennifer, “The Potentially Perverse Effects of Corporate Criminal Liability” en *Journal of Legal Studies*, Vol. 23, núm. 2, 1994, pp. 833-867. Su preferencia sería por los modelos de responsabilidad penal por negligencia en lugar de los de estricta responsabilidad criminal vicarial, esto es, que atribuyen a la empresa cualquier acto de sus agentes. El modelo del ‘dure care’ exime de responsabilidad criminal a la empresa si ha hecho lo razonablemente posible para evitar el delito creando mecanismos de debida diligencia. Es el modelo seguido en el Código Penal español. Esto animaría a las empresas a llevar a cabo las inversiones necesarias para la alerta, prevención y denuncia de los delitos cometidos al amparo de la empresa. A ello habría que sumar mecanismos de reducción de su responsabilidad indirecta de carácter civil para premiar la conducta correcta. Otra posibilidad, para ciertos delitos, es crear una suerte de inmunidad criminal a la empresa por la denuncia, a través de procedimientos internos, de delitos cometidos en su seno. Véase también el Capítulo 2: 3. Relevancia jurídica de la RSE en el Derecho actual.

²⁰⁸ Conferencia Diplomática Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, *Informe del comité preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional*, A/ CONF.183/2/Add.1, 14 de abril de 1998.

“[5. La Corte también ejercerá jurisdicción sobre las personas jurídicas, a excepción de los Estados, cuando los crímenes se hayan cometido en nombre de ellas o por sus agentes o representantes.

6. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la responsabilidad penal de las personas naturales que hayan actuado en calidad de autores o cómplices de esos mismos crímenes.]”²⁰⁹.

El texto adjuntaba una nota al pie en la que se dejaba constancia de la “profunda divergencia de opiniones” en lo que se refería a la conveniencia de incluir en el Estatuto la responsabilidad penal de las personas jurídicas²¹⁰. Muchas delegaciones de los Estados se opusieron firmemente a ello, aunque otras eran también firmemente favorables a su inclusión. Algunas delegaciones plantearon una solución intermedia: incluir únicamente la responsabilidad civil o administrativa de las empresas. Y otros pensaron que, en todo caso, debía extenderse a otros tipos de personas jurídicas que no sólo fueran las empresas. Francia fue una de las firmes defensoras de la extensión de la jurisdicción a las personas jurídicas: podía servir como factor para dotar de una mayor prudencia a las empresas a la hora de adoptar decisiones de inversión arriesgadas en términos sociales; en añadir la responsabilidad directa de las empresas podía asegurar el cobro de las reparaciones pertinentes en caso de determinación de la responsabilidad criminal; y, por lo demás, sólo la igualación del “deber internacional” de no cometer crímenes internacionales con la “responsabilidad internacional” estricta, haría que las personas jurídicas se sintieran igualmente obligadas a dar respeto a estas mismas obligaciones²¹¹. Las voces en contra ofrecieron argumentos variados.

Algunos buscaron limitar la responsabilidad a aspectos civiles, en la medida que sus ordenamientos internos no aceptaban la posibilidad de procesar penalmente a personas jurídicas por la ausencia de *mens rea* en las personas jurídicas. Otros manifestaron consideraciones relativas a los derechos de terceras personas, incluidos aquí los propios accionistas que no hubieran participado de ninguna manera en los

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 49.

²¹⁰ Véase, en general, Clapham, A., “The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court” en M. Kamminga y S. Zia-Zarifi (eds), *Liability of Multinational Corporations Under International Law*, Kluwer, 2000, pp. 139-195.

²¹¹ D. E. Stoitchkova, *Towards Corporate Liability...op.cit.*, p. 14.

hechos imputados. Además, la activación automática de la CPI en todos los casos en los que el derecho interno no permitía el procesamiento penal interno de personas jurídicas, como es el caso de Alemania, rompía así la idea de que la CPI actuaría sólo de modo suplementario a los tribunales nacionales. La propuesta francesa acabó siendo abandonada por la imposibilidad de llegar a un acuerdo y ante la posibilidad de que su inclusión se convirtiera en un obstáculo a la ratificación del ECPI. ¿Deberían formar parte las revisiones en el futuro de la competencia de la CPI? Seguramente habrá intentos al respecto, aunque quizás no sería tan relevante si fuera posible juzgar a los directivos o agentes de las empresas por algunos de los tipos de crímenes bajo jurisdicción del CPI, incluso fuera de contextos bélicos.

De este modo, cabe señalar, que la evolución del derecho penal internacional desde entonces ha ido a favor de la consagración de la responsabilidad penal directa de las empresas, como tales, sin llegar, no obstante, a la creación de mecanismos institucionales internacionales para la sustanciación de esa responsabilidad. Así, dentro del ámbito de las Naciones Unidas²¹² y del Consejo de Europa²¹³, se han aprobado múltiples instrumentos en los que se crean nuevos crímenes internacionales y se exige a los Estados parte que persigan criminal, administrativa o civilmente, a las personas físicas y jurídicas que los cometan. Ilustrativamente el art. 5 del Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo²¹⁴ establece para el tipo delictivo de referencia que:

1. Cada Estado Parte, de conformidad con sus principios jurídicos internos, adoptará las medidas necesarias para que pueda establecerse la responsabilidad de una entidad jurídica ubicada en su territorio o constituida con arreglo a su legislación, cuando una persona responsable de su dirección

²¹² En buena medida, la evolución se ha producido en desarrollo de la Resolución de la Asamblea General 40/32 del *Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, de 29 de noviembre de 1995, en la que se apoyaba los “Principios rectores en materia de prevención del delito y justicia penal en el contexto del desarrollo y de un nuevo orden económico internacional”, cuyo párrafo 9 se dirigía expresamente a la cuestión de los modos de establecer la responsabilidad penal directa de las empresas: “Los Estados Miembros han de tener debidamente en cuenta la necesidad de que respondan penalmente no sólo quienes actúen en nombre de una institución, sociedad anónima o empresa, o quienes desempeñan funciones directivas o ejecutivas, sino también la institución, sociedad anónima o empresa de que se trate, para lo cual deben adoptarse medidas adecuadas para prevenir o castigar la promoción de actividades delictivas.”

²¹³ Véase al respecto la Recomendación número R (88) 18 del comité de ministros a los estados miembros relativa a la *responsabilidad de las empresas con personalidad jurídica por delitos comprometidos en el ejercicio de sus actividades*, Aprobado por el Comité de Ministros el 20 de octubre de 1988, en la 420ª reunión.

²¹⁴ Asamblea General, *Convenio Internacional para la represión de la financiación del Terrorismo*, Doc. ONU, A/RES/54/109 de 9 de diciembre de 1999, en vigor desde el 10 de abril de 2002, ratificado por España, BOE núm. 123, de 23 de mayo de 2002, pp. 18361 a 18369.

o control cometa, en esa calidad, un delito enunciado en el artículo 2. Esa responsabilidad podrá ser penal, civil o administrativa.

2. Se incurrirá en esa responsabilidad sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan cometido los delitos.

3. Cada Estado Parte velará en particular por que las entidades jurídicas responsables de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 estén sujetas a sanciones penales, civiles o administrativas eficaces, proporcionadas y disuasorias. Tales sanciones podrán incluir sanciones de carácter monetario.”

Se trata de una cláusula tipo que se ha diseminado en múltiples tratados internacionales con orientación penal como la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000)²¹⁵, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (2003)²¹⁶, y en el ámbito europeo, en la Convención sobre la protección del medioambiente a través del derecho penal (1998)²¹⁷ o el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (2007)²¹⁸. O también, por ejemplo, en el ámbito africano dentro de la Convención de Bamako sobre la prohibición de la importación a África y la fiscalización de los movimientos transfronterizos y el manejo dentro de África de desechos peligrosos (1991)²¹⁹.

Algunos ordenamientos jurídicos nacionales se oponen a la noción de responsabilidad penal corporativa por motivos conceptuales, sin embargo, muchos reconocen la responsabilidad civil o administrativa de las personas jurídicas. Así, en Alemania, las empresas están sujetas a sanciones no reparadoras que en muchos aspectos son similares a la responsabilidad penal²²⁰. La cláusula es muy flexible, justamente para salvar ese obstáculo que por los fundamentos generales de su derecho penal sigue sin aceptar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

²¹⁵ Véase *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, Doc. ONU, A/RES/55/25, de 15 de noviembre de 2001.

²¹⁶ Véase *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003. Art. 26 BOE núm. 171, de 19 de julio de 2006, páginas 27132 a 27153 (22 págs.).

²¹⁷ Véase, *Convention on the Protection of Environment through Criminal Law*, Tratado núm. 172. Art. 9 ‘Corporate liability’. No se encuentra en vigor todavía. Sólo dispone de una ratificación. Son necesarias tres para su entrada en vigor objetiva.

²¹⁸ Art. 26. BOE núm. 274, de 12 de noviembre de 2010, páginas 94858 a 94879 (22 págs.).

²¹⁹ En especial los Artículos 1(16) (definición); 4(1) ‘Esta importación debe considerarse ilegal y un acto criminal’; y 9(2) (Obligación de los Estados parte de introducir sanciones penales a todas las personas culpables de importaciones ilegales).

²²⁰ Las ‘non-reparatory sanctions’ que se aplican a las empresas en Alemania tienen un nivel punitivo parecido al criminal. Véase: Weigend, T., ‘Societas Delinquere Non Potest? A German Perspective’, en 6 *Journal of International Criminal Justice* 927, 2008, pp. 930-932.

Ciertamente una cláusula análoga podría servir para ampliar la jurisdicción *ratione personae* de la CPI en una hipotética modificación de su jurisdicción. Bastaría con convertir a la CPI, para esos Estados, en una Corte de responsabilidad civil o administrativa complementaria a la ejercida por el Estado que pudiera actuar subsidiariamente a su jurisdicción cuando fuera preciso, esto es, si el Estado en cuestión no sabe, no puede o no quiere ejercer su jurisdicción no criminal represiva o disuasoria para estos casos (civil o administrativa), en la medida en que algunos Estados persistieran en esta razón como límite a la modificación del Estatuto. Si el Estado de origen no aplicara su régimen civil o administrativo disuasorio a las empresas implicadas frente a graves abusos de los derechos humanos que son subsumibles en los tipos criminales que configuran la jurisdicción de la CPI, estos graves abusos serían juzgados por su ilicitud civil o administrativa grave en la CPI, prescindiendo del elemento *mens rea* específico que debe atribuirse al autor de los hechos para concederles carácter penal. Bastaría una atribución objetiva del mismo a un órgano de la empresa o agente de los mismos hechos, para suscitar su responsabilidad no criminal agravada en el ámbito internacional.

Dicho esto, la búsqueda de la responsabilidad penal individual de los directivos de las empresas que lleven a cabo crímenes bajo la competencia de la CPI sigue siendo un buen instrumento de acción punitiva y preventiva, y ya viable, en ausencia de competencia específica para perseguir a las empresas directamente. Con un buen equipo de abogados, cualquier sentencia condenatoria por parte de la CPI permitiría abrir el inicio de procedimientos nacionales posteriores complementarios para la evacuación de responsabilidades penales, civiles o administrativas de las empresas de referencia, en función de las posibilidades que ofrezca cada Estado implicado (por la nacionalidad de las empresas en beneficio de las cuáles actuaran los condenados, e incluso, por la nacionalidad de los socios principales en la sociedad que obtuviera beneficios por las actividades condenadas) dado que no resultaría aplicable, en principio, la *regla non bis in idem* con respecto a la empresa no juzgada en la CPI. Tampoco cabría alegar, por los delitos sustanciados en la CPI, la excepción relativa a la prescripción. La función disuasoria que asegura el “and ashaming” de las empresas a las que perteneciera este o aquel directivo juzgado por la CPI estaría sobradamente garantizada en estos supuestos.

Por lo demás, el Policy paper on case selection and prioritisation (2016) del Fiscal de la CPI (Fatou Bensouda) recoge, con buen sentido de la oportunidad y criterio jurídico, su voluntad de subsumir como crímenes prioritarios para el ejercicio de sus competencias (el crimen contra la humanidad sería el más idóneo) conductas que serían consideradas como “graves” relativas a daños generales al medio ambiente o relativas a la explotación abusiva de recursos naturales que perjudican severamente los derechos de comunidades muy vulnerables:

“41. The impact of the crimes may be assessed in light of, inter alia, the increased vulnerability of victims, the terror subsequently instilled, or the social, economic and environmental damage inflicted on the affected communities. In this context, the Office will give particular consideration to prosecuting Rome Statute crimes that are committed by means of, or that result in, inter alia, the destruction of the environment, the illegal exploitation of natural resources or the illegal dispossession of land”²²¹.

Esta “ampliación” de los fenómenos que pueden recalar dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad es un aviso a tener en cuenta por las EMN a la hora de aceptar determinados contratos de explotación de recursos naturales, o de comprar o explotar tierras de aparente titularidad pública en grave perjuicio de las comunidades locales (que pueden haber sido desplazadas forzosamente para facilitar la explotación²²²), y más en general, si no siguen estándares adecuados de protección del medio ambiente de sus actividades industriales o de explotación de recursos naturales. Las empresas pueden acabar en la Sala de la CPI sin subjetividad internacional pasiva a través de sus directivos y representantes por sus prácticas más lesivas de los derechos humanos.

iii) Reconocimiento de responsabilidad internacional pasiva en el ámbito de la Unión Europea

El único marco normativo internacional regional en el que se ha confirmado jurisprudencialmente la responsabilidad de las empresas de velar por los derechos humanos ha sido el de la UE, si bien sólo con respeto a aspectos muy concretos de los

²²¹ Office of the Prosecutor, Policy Paper on Case Selection and Prioritization, 15 de septiembre de 2016. Véase también el párrafo 7 con una mención expresa al “land-grabbing”.

²²² Véase Capítulo 3 para información detallada sobre los riesgos para los derechos humanos derivados de la actividad extractiva del gas y el petróleo.

derechos humanos²²³, y dentro del procedimiento prejudicial en el que las empresas no pueden ser reputadas como “parte” en la controversia puesto que se sustancian de órgano judicial a órgano judicial.

Así, en el Asunto Walrave y Koch (1974) el Tribunal específicamente se refirió a la obligación de la normativa de cualquier asociación privada de evitar toda discriminación por razón de nacionalidad en el ejercicio de actividades profesionales (arts. 7, 48 y 59TCE) puesto que:

“la prohibición de estas discriminaciones no sólo se impone a la actuación de las autoridades públicas, sino que se extiende asimismo a normativas de otra naturaleza que tengan por finalidad regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena y las prestaciones de servicios”²²⁴.

Más interesante, aunque sin que el TJUE aportara un criterio definitivo, ha sido la sentencia al recurso prejudicial del caso Gerard Fenoll (2015)²²⁵. El juez remitente, en este caso, formuló la pregunta clave, directamente, para determinar los posibles efectos horizontales, en este caso, del derecho a unas condiciones justas de trabajo (art. 31):

“¿Puede la persona mencionada en la primera cuestión invocar directamente los derechos que le confiere la [Carta] para obtener el derecho a vacaciones retribuidas en caso de que la normativa nacional no prevea que disfrute de tales derechos...?”²²⁶.

El TJUE reformuló la cuestión prejudicial con más precisión, para dotarla de mayor precisión doctrinal:

“desea saber en sustancia si el artículo 31, apartado 2, de la Carta debe interpretarse en el sentido de que puede ser invocado directamente en un litigio entre particulares para garantizar el pleno efecto del derecho a vacaciones anuales retribuidas y dejar inaplicada toda disposición nacional contraria”²²⁷.

²²³ Gatto, Alexandra, *Multinational Enterprises and Human Rights: Obligations under EU Law and International Law*, Edward Elgar Publishing, Masschuessets, Glos, 2011, p. 59.

²²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1974, Asunto 36/74, Párrafo 17.

²²⁵ STJUE (Sala Primera), de 26 de marzo de 2015, Asunto C-316/13.

²²⁶ Asunto C-316/13. Párrafo 17.

²²⁷ *Ibidem*, párrafo 44.

Pero no dio respuesta a esta cuestión, aunque dejó abierta la posibilidad de una decisión afirmativa. La Carta no era aplicable *ratione temporis* a los hechos que dan lugar al litigio principal, puesto que eran anteriores a su entrada en vigor²²⁸. ¿Por qué la puerta está entreabierta? Porque en sus “Conclusiones”, Paolo Mengozzi, el Abogado general, indicó que, aunque no podía aplicarse el art. 31 de la Carta *ratione temporis* en sí mismo, el efecto horizontal de la disposición era una “posibilidad que, en principio, podría admitirse”²²⁹. ¿Puede todo lo anterior, empezar a asentar las bases para que pueda aprobarse un tratado vinculante que regule las actividades y operaciones de las empresas y las haga responsables por sus actuaciones?

²²⁸ *Ibidem*, párrafos 45-47.

²²⁹ Párrafo 51, Conclusiones del Abogado General, Asunto C-316/13 Gérard Fenoll contra Centre d'aide par le travail La Jouvène, de 12 de junio de 2014.

CAPÍTULO 2

EL ROL DEL DERECHO EN LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA

El primer capítulo nos ha situado dentro de un marco en el que las EMN, como actores de un sistema internacional caracterizado por un modelo único global, tienen una gran repercusión sobre la constitución de la comunidad y la regeneración del ordenamiento jurídico. Por ello, ya no puede negarse que hoy en día las EMN tienen un gran poder fáctico que teje las relaciones entre estas y los Estados. Sobre este particular, han sido de especial interés los debates sobre su posición jurídica dentro del Derecho Internacional Público. A través de los distintos ámbitos geográficos y jurisdiccionales se ha observado como si bien poco a poco la subjetividad activa de las empresas ha venido siendo reconocida, la subjetividad internacional pasiva no ha emergido con el mismo impulso. No obstante, se ha llegado a la conclusión que ciertamente se pueden haber empezado a instaurar deberes internacionales para las empresas.

Así, en este contexto de la globalización, y ante una cierta deficiencia del derecho internacional, el debate de la RSE ha ido evolucionando de manera conjunta con la expansión de las EMN. Un desarrollo que también ha sido motivado por la creciente demanda de la sociedad que exige a las empresas la asunción de una mayor responsabilidad frente a sus operaciones. Aunque la RSE no es la panacea, sí pudiera considerarse como un primer avance importante que está ayudando a las empresas a interiorizar estas cuestiones, a la vez que contribuye a complementar las lagunas existentes de gestión entre el alcance y los efectos de los actores económicos, por una

parte, y la capacidad de la sociedad para gestionar sus consecuencias adversas, por la otra.

A pesar de que la RSE ha sido categorizada dentro del ámbito del *soft law*, y por lo tanto, sin fuerza vinculante, como se analizará, esta no carece de efectos jurídicos o al menos de cierta relevancia jurídica. En realidad, su principal característica, la voluntariedad, parece estar paulatinamente desvirtuándose, ya que cada vez son más los Estados que están positivizando estas prácticas dentro de sus marcos normativos.

1. Aproximación y evolución al concepto de Responsabilidad Social Corporativa

La responsabilidad social de la empresa (RSE) o responsabilidad social corporativa (RSC)²³⁰, es una expresión que ha ido adquiriendo más peso en la cultura empresarial que en la jurídica. Con este sintagma se empezaba a trasladar una idea relativamente novedosa, no sólo en el ámbito de la empresa sino también en el de la Ética y el Derecho. Su aceptación, desarrollo y aplicación actual en el ámbito económico privado (incluidas las empresas públicas) comporta la aplicación de métodos de diseño y ejecución de estrategias empresariales que voluntariamente tengan en cuenta el conjunto de los impactos sociales y medioambientales de la actividad empresarial, y no exclusivamente el objetivo económico de la búsqueda legítima de beneficios. Esta nueva visión más compleja de la esencia de las empresas quiere evitar que la búsqueda a corto plazo del ánimo de lucro pueda servir como un pretexto para evidenciar la devastación insostenible de los espacios naturales, o la degradación de la dignidad humana. Es decir, aquellos aspectos que la sociedad actual reconoce como fundamentales a la condición de todo ser humano, como, por ejemplo, el derecho a la salud, la prohibición del trabajo forzoso, la eliminación del trabajo infantil, el derecho a un trabajo decente, etc. Conviene conocer los orígenes de este campo de estudio y práctica, sus fundamentos teóricos y, a la postre, como se verá a lo largo de este

²³⁰ Aunque inicialmente se adoptara el término de responsabilidad social corporativa (RSC) en español, como traducción directa de 'social corporate responsibility', en la actualidad predomina la expresión responsabilidad social de la empresa (RSE). Ya hemos señalado en el Capítulo I la ambigüedad en español del término 'corporativo'. En su primera acepción, la 'corporación' es una entidad pública. En su segunda acepción, que es la que se quiere trasladar con la expresión de RSC, se refiere a: "Empresa, normalmente de grandes dimensiones, en especial si agrupa a otras menores". Esto hace que la expresión RSC parezca limitarse únicamente a las grandes empresas o a un grupo empresarial configurado por un conglomerado de empresas. La expresión RSE traslada mejor el significado pleno de este concepto, en la medida en que se refiere a la mejora de la responsabilidad ante la sociedad de todo tipo de empresas, con indiferencia de su tamaño o de que sean públicas o privadas.

estudio, su relación directa con la cuestión de los derechos humanos y las empresas en el sector económico del petróleo y del gas.

1.1 Orígenes doctrinales de la RSE: Howard R. Bowen y la “Responsabilidad Social del Empresario”

La preocupación de la comunidad empresarial por las cuestiones sociales es muy antigua. Siempre quedará para la historia el caso extraordinario del empresario utópico y moralista R. Owen que introdujo en sus empresas grandes avances orientados a mejorar la dignidad de los trabajadores y sus familias²³¹. Sin embargo, la primera formulación teórica escrita de la idea de la existencia de una responsabilidad social de la empresa, que va más allá de la que se deriva de su operación como actor económico eficiente, surge en los Estados Unidos de América a mediados de la década de los 50²³² (una década de empuje acelerado del comercio global y también de emergencia de las necesidades de desarrollo de los países de reciente independencia). Si bien es posible encontrar referencias más difusas en obras anteriores como *The Functions of the Executive*, de CH. Bernard (1938)²³³ o *Measurement of the Social Performance of Business*, de TH. Kreps (1940)²³⁴. Fue la controvertida obra *Social Responsibilities of the Businessman*, de H. R. Bowen (1953)²³⁵, la que marcaría el inicio del debate académico en torno a la RSE, especialmente por entonces, en la

²³¹ El británico Robert Owen (1771-1858) partió de la idea de la “fraternidad humana”. Diseñó y aplicó un modelo empresarial en el que se formaba en principios morales a los trabajadores, se educaba a los niños, y estos no accedían al trabajo hasta los diez años. También limitó en sus empresas la jornada laboral a 12 horas diarias. Sobre los avances sociales impulsados por R. Owen (y su fracaso empresarial) véase un breve resumen en J. Trigo Portella, “Responsabilidad social de la empresa: una difícil fundamentación”, en Víctor M. Sánchez y T. Jiménez, *Sostenibilidad, competitividad e innovación...op. cit.*, pp. 81-90. Los inicios del s. XX supusieron también un fuerte empuje a la filantropía de grandes empresarios que desarrollaron proyectos altruistas con la intención explícita de cubrir necesidades sociales que no formaban parte del ámbito de las políticas sociales de los Estados, por entonces sólo precariamente desarrolladas. En España, destacó entre otros Francisco Moragas Garret, fundador de *La Caixa* en 1904 y de su obra social que de forma ininterrumpida se ha venido desplegando durante más de un siglo. Creó instituciones benéficas como ‘Homenajes a la Vejez’, el ‘Instituto de la Mujer que Trabaja’, el ‘Amparo de Santa Lucía’ para mujeres ciegas, ‘Instituto educativo para sordomudos y ciegos’, la ‘Obra de las Colonias infantiles y sociales obreras’, la ‘Clínica Maternal’ y el ‘Instituto de Servicios Sociales’, entre otros. Estamos hablando, en este caso, de decenas de miles de millones de euros en dinero constante destinado a actividades sociales por la Obra Social La Caixa. La media de su presupuesto social anual de estos últimos años se sitúa en unos 500 millones de euros. Véase al respecto, Fundación Bancaria “la Caixa”, *Más de 100 años. Obra Social “La Caixa”: Compromiso, ayer hoy y siempre*, 2016. En Estados Unidos de América encarnó este papel el más que conocido empresario petrolero J. D. Rockefeller con sus donaciones o con la creación de la “Fundación Rockefeller”, el “Instituto Rockefeller para la investigación Médica”, la “General Education Board” y la “Laura Rockefeller Memorial”. Véase Chernow, Ron, *Titan: The Life of John D. Rockefeller*, Warner Books, 1998.

²³² Un extenso número de autores ha analizado la evolución del concepto y su construcción a lo largo de las últimas décadas. Para un análisis detallado ver; Anderson, J., *Corporate social responsibility: Guidelines for top management*, Quorum Books, 1989; R.T. De George, “The Myth of Corporate Social Responsibility; Ethics and International Business” en J.W. Houck y O.F. Williams, *Is the good corporation dead? Social responsibility in a global economy*, Lanham, Md., Rowman & Littlefield, 1996, p. 17-36; Carroll, A.B., “Corporate Social Responsibility: Evolution of a definitional Construct” en *Business and Society*, vol. 38, núm.3, 1999; Richter, J., *Holding corporations accountable: Corporate conduct, international codes, and citizen action*, Zed Books, 2001.

²³³ Barnard, Chester I., *The Functions of the Executive*, Harvard University Press, 1938.

²³⁴ Kreps, Theodore J., *Measurement of the social performance of business. In An investigation of concentration of economic power for the temporary national economic committee (Monograph No. 7)*, U.S. Government Printing Office, 1940.

²³⁵ Howard R. Bowen, *Social Responsibilities of the Businessman*, 1953, Harper.

literatura norteamericana. Para R. Bowen la responsabilidad social del empresario:

“It refers to the obligations of businessmen to pursue those policies, to make those decisions, or to follow those lines of action which are desirable in terms of the objectives and values of our society”²³⁶.

Al tomar esta postura, sólo en apariencia radical, se hacía eco de lo que habían manifestado los propios grandes empresarios en una encuesta realizada para la revista Fortune en el año 1946. En esta más del 90% de los encuestados aceptaba la idea de que su responsabilidad como empresarios iba más allá de asegurar una buena cuenta de resultados. Su punto de partida era el mismo que después dio origen en los 70 a los estudios, citados en el Capítulo I, de la ONU con respecto a las EMN: un grupo relativamente pequeño de grandes empresas se podía convertir, correctamente orientado, en lo que el pensador E. Canneti denominó “cristales de masa”. Es decir, un reducido grupo de personas cuya acción orientada podía guiar un movimiento masivo, en este caso, para mejorar positivamente la vida de una gran parte de la ciudadanía²³⁷. Así, la obra de Bowen tuvo un impacto significativo en la literatura de la época y una réplica matizada de algunos autores liberales clásicos de la Escuela de Chicago como F. A. Hayek y M. Friedman.

F. A. Hayek criticó esta visión como una forma nociva de limitar la libertad fundamental de las empresas que afectaría a áreas, también de gran impacto social, en las que la empresa resultaba beneficiada²³⁸. Por su parte, M. Friedman ²³⁹ afirmó igualmente que la responsabilidad social esencial de la empresa era asegurar el uso eficiente de los recursos económicos para proveer productos y servicios a la sociedad en un mercado de libre competencia. Cualquier otro “beneficio social” era accesorio a la actividad de la empresa, ya que podía entroncarse con su ánimo de lucro, y tenía siempre la naturaleza de una coartada: no era la causa primaria de la acción sino una capa con la que revestir ciertas acciones para hacerlas más dignas de elogio por la sociedad. La posición de M. Friedman quedó resumida en un artículo claro y desmitificador publicado en The New York Magazine el 3 de septiembre de 1970. Se titulaba provocativamente “The Social Responsibility of Business is to Increase

²³⁶ *Idem*, p. 6.

²³⁷ Canneti, E., *Masa y poder*, Galaxia Gutemberg, 1960, pp. 6-15.

²³⁸ F.A Hayek, *The constitution of liberty*, University of Chicago Press, 1960.

²³⁹ M. Friedman, *Capitalism and freedom*, University of Chicago Press, 1962.

Profits”²⁴⁰:

” In a free-enterprise, private-property system, a corporate executive is an employee of the owners of the business. He has direct responsibility to his employers. That responsibility is to conduct the business in accordance with their desires, which generally will be to make as much money as possible while conforming to their basic rules of the society, both those embodied in law and those embodied in ethical custom”.

La afirmación es mucho más compleja de lo que parece a primera vista. La obligación de resultado de una empresa, por la que deben responder sus gestores, es dar beneficios a sus propietarios, en la mayor cantidad posible, esto es, satisfacer el ánimo de lucro por la que es creada por sus propietarios. Pero M. Friedman recordaba también una limitación normativa amplia con respecto a las conductas o medios utilizados para la obtención de lucro: ese fin esencial se debe conseguir con respeto escrupuloso al Derecho y a las pautas éticas imperantes a través de la costumbre. Este es un punto de unión entre las posiciones de R. Bowen y de M. Friedman, y también entre la RSE y los derechos humanos: la persecución del legítimo “ánimo de lucro” debe estar adecuadamente encauzada dentro de límites normativos:

- Los límites jurídicos en vigor; entre ellos, hoy día, los correspondientes al respeto de los derechos humanos.
- Los límites impuestos por la ética de la sociedad en la que realiza o tienen impacto sus operaciones mercantiles. Entre ellos, también se podría situar a los derechos humanos fundamentales en la medida explicada en el capítulo anterior: hoy expresan un mínimo común universal de conducta ética, y no sólo jurídica.

Ni M. Friedman, ni F. H. Hayek, se opusieron realmente a la responsabilidad social de la empresa. Con su discurso simplemente acentuaban que en sí mismo la correcta asignación de recursos que crea la actividad empresarial privada, incluidos los recursos laborales, contenía la contribución social fundamental de la actividad empresarial libre, sin descartar dar beneficios, y de este modo, ser una empresa

²⁴⁰ M. Friedman, “The Social Responsibility of Business is to Increase Profits” en Walther Ch Zimmerli, Klaus Richter, Markus Holzinger (ed), *Corporate Ethics and Corporate Governance*, Springer, 2007, pp. 173-178.

sostenible a largo plazo, dentro del respeto de las obligaciones jurídicas y éticas exigibles. Esta forma clásica y liberal de entender la aportación fundamental de toda empresa al bienestar social sigue siendo la predominante en el modelo de economía liberal e incluso en la economía social de mercado que encarna la UE, mucho más intervencionista que la economía norteamericana. La Comisión Europea, en su Comunicación relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible (2002) endosaba el mismo postulado:

“La principal función de una empresa consiste en crear valor con la producción de bienes y servicios que respondan a la demanda de la sociedad y generar de este modo beneficios para sus propietarios y accionistas, así como bienestar para la sociedad en general, en particular gracias a un proceso continuo de creación de empleo”²⁴¹.

Otros modos de responsabilidad social articulables desde las empresas eran actividades voluntarias y complementarias, no exigibles legalmente a las mismas, algo difícilmente criticable desde cualquier modelo político, social y económico que distinga entre propiedad pública y propiedad privada. Las empresas privadas no son actores públicos en sentido propio, esto es, no han sido investidas mediante procesos de aceptación pública con la responsabilidad política específica de hacer el eje de su creación la definición o el impulso específico del interés general o el “bien común” de las sociedades donde operan. Los principales responsables de identificar e impulsar ese “bien común” a través del desarrollo de procesos deliberativos plurales y públicos son los Estados y las Organizaciones Intergubernamentales en las que participan como miembros (la ONU, la UE, la OCDE, la OIT, etc.)²⁴². Y no puede ser de otro modo dado que, como indicaba M. Friedman, cuando las empresas entran en ese campo mediante actividades complementarias llevadas a cabo en paralelo a su persecución del lucro, siempre será difícil saber cuáles son las verdaderas motivaciones que anidan en estas acciones:

“Of course, in practice the doctrine of social responsibility is frequently a cloak for actions that are justified on other grounds rather than a reason for

²⁴¹ Comisión de las Comunidades Europeas, *La responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible*, COM (2002) 347 final, 2002, p. 5.

²⁴² Sánchez, Víctor Manuel, *Hacia un entendimiento de la RSE del S. XXII...op.cit.* p. 59.

those actions. To illustrate, it may well be in the long-run interest of a corporation that is a major employer in a small community to devote resources to providing amenities to that community or to improving its government. That may make it easier to attract desirable employees, it may reduce the wage bill or lessen losses from pilferage and sabotage or have other worthwhile effects. Or it may be that, given the laws about the deductibility of corporate charitable contributions, the stockholders can contribute more to charities they favor by having the corporation make the gift than by doing it themselves, since they can in that way contribute an amount that would otherwise have been paid as corporate taxes. In each of these –and many similar– cases, there is a strong temptation to rationalize these actions as an exercise of «social responsibility. » In the present climate of opinion, with its widespread aversion to «capitalism» «profits» the «soulless corporation » and so on, this is one way for a corporation to generate goodwill as a by-product of expenditures that are entirely justified on its own self-interest. It would be inconsistent of me to call on corporate executives to refrain from this hypocritical window-dressing because it harms the foundation of a free society. That would be to call on them to exercise a «social responsibility»! If our institutions, and the attitudes of the public make it in their self-interest to cloak their actions in this way, I cannot summon much indignation to denounce them. At the same time, I can express admiration for those individual proprietors or owners of closely held corporations or stockholders of more broadly held corporations who disdain such tactics as approaching fraud”²⁴³.

En fin, desde la obra de R. Bowen, sus seguidores y sus críticos impulsaron un vívido debate sobre la RSE, especialmente en la década de los 70 que es cuando emergió simultáneamente el descontento social profundo al que alude M. Friedman, derivado de la fuerte crisis económica mundial que sacudió el mundo y que se materializó en el sentimiento “antibusiness”²⁴⁴ del que hablaba. Es también el momento en que, como se ha visto en el Capítulo I, la ONU y otras organizaciones internacionales universales comenzaron sus estudios sobre el impacto de la EMN en

²⁴³ M. Friedman, *The Social Responsibility...op.cit.*, p. 177.

²⁴⁴ Frederick, W., *Corporation, be good! the Story of Corporate Social Responsibility*, Dog Ear Publishing, 2006, pp.23-44.

el desarrollo económico y social, que se han extendido hasta nuestros tiempos. También es el momento en que múltiples empresas, impelidas por la crítica social, empiezan a dar recorrido a políticas de responsabilidad social que iban más allá de la filantropía propia de principio de siglo.

Así, desde aquella primera definición de la RSE formulada por R. Bowen como “obligaciones” del empresario de adoptar decisiones o definir políticas o seguir cursos de acción deseables en término de los valores y objetivos de la Sociedad, se han sucedido un gran número de escritos y centenares de informes en los que se ofrecen al mercado del conocimiento y de la política nuevas definiciones de la RSE que buscan dotar de concreción o matices a la idea original. La voluntad de definir con más precisión la RSE atesora así una larga y variada historia²⁴⁵ que se sigue desarrollando hoy sin que la literatura científica haya alcanzado un consenso claro al respecto²⁴⁶. Se perciben dos grandes motivos subyacentes en la gran discrepancia terminológica y conceptual.

Con la perspectiva amplia que ofrecen las múltiples lecturas realizadas para la elaboración de esta investigación, es evidente que la RSE es un ámbito conceptual y de práctica que se ha abordado desde múltiples disciplinas, algunas de ellas con técnicas de exégesis del lenguaje poco sofisticadas. A continuación, se presenta una explicación.

1.2 Conceptualización de la RSE

Buena parte de la literatura en la materia procede del ámbito de las ciencias económicas y empresariales, o del ámbito de la ética de la empresa. Menos del campo jurídico. En algunas disciplinas las expresiones “obligación”, o “deber”, empleadas en la delimitación del campo semántico designado por la expresión “RSE”, son utilizadas de modo ora laxo, ora ambiguo ora inconsistente, más próximo a un uso “ordinario” que técnico-jurídico o normativo. Además, con el tiempo en los mismos escritos, y sin terminar de aclarar los elementos básicos de la expresión RSE, se han

²⁴⁵ A. B. Carroll llevó a cabo un profundo e interesante estudio sobre la evolución del concepto de RSC desde los años 50 a partir de las definiciones presentadas en el ámbito académico. Para un análisis más extenso sobre dicho estudio ver Carroll, A.B, *op.cit.*, pp. 268-295. Otros autores como L. Moir siguieron también la misma aproximación metodológica, pero ampliaron el análisis al incluir las definiciones utilizadas por las empresas. L. Moir, “What do we mean by corporate social responsibility?” en *Corporate Governance*, Vol. 1, Issue 2, 2001, pp. 16-22. Véase también I Freeman, I y A Hasnaoui., “The Meaning of Corporate Social Responsibility: The Vision of Four Nations” en *Journal of Business Ethics*, vol. 100, n° 3, 2010, p. 439

²⁴⁶ Zerk, Jennifer A, *op.cit.*, p. 29.

ido añadiendo animosamente otras expresiones alternativas tales como “corporate citizenship”, “corporate sustainability” o “corporate social performance”. Esto no ha ayudado en nada a esclarecer las pautas definitorias básicas de la expresión RSE; y menos aún a facilitar su relación con las nuevas, y quizá estériles, fraseologías²⁴⁷.

Dicho esto, aún habría otra razón de peso que impulsa el incesante debate conceptual. Es similar a las que hemos visto en la definición de las EMN. En el lenguaje filosófico empleado por W. B. Gallie, la RSE habría pasado a ser un “concepto esencialmente controvertido”²⁴⁸. Los conceptos esencialmente controvertidos son significaciones valorativas de palabras o expresiones que designan bienes o hechos complejos que pueden ser descritos de múltiples formas. Detrás de las diferentes definiciones habría en realidad una controversia competitiva de orden político, ideológico o psicológico (es decir, que contienen juicios de valor en sentido kelseniano). De ahí que algunos autores, como Okoye, hayan sugerido que el sintagma RSE no debe tener necesariamente una significación unívoca²⁴⁹ a pesar de que haya partido de una definición original (“original exemplar”) que, en lo esencial, simplemente perseguía atribuir roles sociales más extendidos a las empresas²⁵⁰.

En efecto, ciertos autores, como Freeman y Hasnaoui²⁵¹, han vinculado esta discrepancia definitoria a los contextos políticos en los que se utiliza el término que harían variar su eje de significación política. La RSE en Estados Unidos tiene connotaciones distintas a la RSE en el ámbito europeo o en los países en vías de desarrollo porque el contexto político es diferente. Los Estados Unidos de América se caracterizan por una tendencia mucho más intensa a la desregulación y por menores niveles de políticas de bienestar social, mientras que la UE tiene una mayor tendencia a regular e intervenir el mercado para hacer avanzar políticas públicas sociales. En

²⁴⁷ Freeman, I. y Hasnaoui, A., *op.cit.*, p. 419.

²⁴⁸ W. B. Gallie, “Essentially Contested Concepts” en *Proceedings of the Aristotelian Society* New Series, Vol. 56, 1955-1956, pp. 167-198. Estos conceptos presentan. Véase al respecto, Marisa Iglesias Vila, “Los Conceptos Esencialmente Controvertidos en la interpretación constitucional” en *Doxa*, N. 23, 2000, pp. 77-104.

²⁴⁹ Okoye, Adaye, “Theorising Corporate Social Responsibility as an Essentially Contested Concept: Is a Definition Necessary?” en *Journal of Business Ethics*, vol. 89, 4, 2009, p. 623.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 621. Véase también Crane, Matten y Spence, “Corporate Social Responsibility: in a global context” en Crane Andrew, Matten Dirk y Spence, Laura J., *Corporate Social Responsibility. Readings and cases in a global context*, Routledge, 2008, pp. 16-19.

²⁵¹ Su estudio remarca la idea que la práctica de la RSC depende de cómo se entiende dicho término a la vez que se señala que la comprensión de la RSC depende de la semiótica del lenguaje, la cual variará en función de los marcos culturales, políticos, económicos, sociales e institucionales que van más allá de las fronteras nacionales. Esto hace que incluso pueda haber diferentes interpretaciones del mismo concepto en diferentes regiones de un mismo país. Por lo que la definición de RSC no es que no sea congruente entre fronteras, sino que además no lo es en muchas ocasiones ni dentro de los límites de un mismo país. Freeman, I. y Hasnaoui, A., *op. cit.*, p. 439.

cambio, en los países en vías de desarrollo tienden a pensar en el comportamiento responsable de las empresas en términos de desarrollo económico²⁵². Incluso, las propias empresas han empezado a desarrollar su propio concepto de RSE. Esta realidad viene motivada en cierto modo porque cada sector es diferente, porque cada empresa opera en contextos diferentes, y por consiguiente su relación e impacto sobre la sociedad varía²⁵³.

Dicho esto, percibir que una expresión carece de una definición pacífica no puede eximir de aclarar en qué sentido básico se está utilizando a los efectos de esta investigación, puesto que eso viciaría todo el trabajo. Cada vez que se estuviera empleando la expresión se abrirían dudas sobre qué significado se le está dando de los múltiples detectados en concurrencia competitiva. Así, se ha adoptado por aportar una definición ecléctica del mismo sintagma que suma los puntos compartidos del conjunto de autores leídos para la elaboración de este escrito e incluso que busca armonizar las diferencias percibidas más relevantes, cuando es posible. Y en todo caso, la definición presentada aquí, que también puede ser criticada, tiene una finalidad muy concreta: delimitar con qué significado se utiliza esta expresión en esta investigación.

Así, si se toma como punto de referencia la definición de R. Bowen, a quién se ha atribuido en esta investigación el primer uso de la expresión RSE, cabe distinguir tres criterios definitorios superpuestos:

- La RSE implica “obligaciones”. El autor, un economista, no define la naturaleza jurídica, moral o ética de estas obligaciones. Este término, en el ámbito jurídico indica siempre que hay “sujetos obligados”, esto es sobre los que se tiene una expectativa razonable de que hagan o no hagan algo; y sujetos frente a los que se está obligado a satisfacer esa expectativa razonable, en

²⁵² Crane, Matten y Spence, *Corporate Social Responsibility: in a global context...op.cit.*, pp. 12-20.

²⁵³ En las webs corporativas de las empresas pueden verse ejemplos de cómo estas entienden este concepto. En particular, además, muchas de ellas ya no hablan de RSE sino de sostenibilidad. Algunos ejemplos: Repsol, Sostenibilidad. Disponible en: <https://www.repsol.com/es/sostenibilidad/index.cshtml>. Recuperado en abril de 2021; Chevron, Sustainability. Disponible en: <https://www.chevron.com/sustainability>. Recuperado en abril de 2021; Shell, What sustainability means at Shell. Disponible en: <https://www.shell.com/sustainability/our-approach/sustainability-at-shell.html>. Recuperado en abril de 2021. Rio Tinto, Sustainability. Disponible en: <https://www.riotinto.com/sustainability>. Recuperado en abril de 2021. Cepsa, Sustainability. Disponible en: <https://www.cepsa.com/en/sustainability>. Recuperado en abril de 2021. ConnocoPhillips, Sustainability. Disponible en: <https://www.conocophillips.com/sustainability/>. Recuperado en abril de 2021. Lo mismo sucede con otros sectores, véase, por ejemplo: Coca-Cola, Sostenibilidad. Disponible en: <https://www.cocacolaep.com/es/sostenibilidad/>. Recuperado en abril de 2021. Iberdrola, Sostenibilidad. Disponible en: <https://www.iberdrola.com/sostenibilidad>. Recuperado en abril de 2021. Grifols, Sostenibilidad. Disponible en: <https://www.grifols.com/es/the-environment>. Recuperado en abril de 2021.

apariciencia, la sociedad en su conjunto, dado que la expresión indica que la empresa es responsable socialmente de algo a lo que se ha obligado. Esta perspectiva abriría entonces otro interrogante: ¿Quién puede reclamar y de qué modo el cumplimiento de estos deberes en su nombre? Si la obligación fuera de orden ético o moral, todo cambiaría mucho puesto que no entrarían en juego los medios jurídicos de fijación de la responsabilidad de las personas.

- Esas obligaciones tienen como finalidad contribuir al avance de los intereses de la sociedad en su conjunto, es decir, de impulsar bienes comunes globales o de todos (“desirable in terms of the objectives and values of our society”). Este sería un segundo elemento societario o relacional con el conjunto de la Sociedad. Se es responsable del cumplimiento o incumplimiento de “obligaciones” imprecisas ante la Sociedad por la lesión de intereses comunes globales.
- Las obligaciones se proyectan sobre la definición de las “políticas” empresariales, las “decisiones” empresariales, y las “acciones” empresariales.

1.3 Elementos estructurales y principios de la RSE

A continuación, se analiza la estructura conceptual básica de la RSE. Para ello se tienen en cuenta los siguientes aspectos:

1.3.1 Voluntariedad vs Obligatoriedad: una paradoja remediable

La idea prístina de R. Bowen de que la RSE es una “obligación” no es pacífica en absoluto. De hecho, se ha tratado de uno de los vectores más importantes de la disputa conceptual. Para R. Bowen y otros, la RSE implicaba la existencia de obligaciones para las empresas²⁵⁴. Sin embargo, en el documento de posición más relevante de la UE en este ámbito, el Libro verde de la Comisión (2011) “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”, el elemento obligacional, aparentemente esencial de la RSE, desaparecía completamente:

“La mayoría de las definiciones de la responsabilidad social de las empresas entienden este concepto como la integración voluntaria, por parte de las

²⁵⁴ “Its central tenet can be described as a belief that business especially large public corporations *have an obligation to contribute to the betterment of society* in a manner distinct from the maximisation of corporate profit and obedience to the law”, Stevelman, Faith, “Pandora’s box: Managerial discretion and the problem of corporate philanthropy”, *UCLA Law Review*, Vol 44, N 579, 1997, pp. 628-629.

empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”²⁵⁵.

El eje presente en la definición de una idea intelectual específica, la aportada por R. Bowen en 1956, había desaparecido en el año 2001 (no se encuentran razones para cuestionar el estudio realizado por la Comisión de la literatura científica). Pero claro, antes de que R. Bowen acuñara la expresión RSE, no había una formulación semiótica del mismo como tal. ¿Es posible realmente conciliar ambas definiciones? La postura de esta investigación es afirmativa. Bastaría con elucidar con qué sentido se está utilizando el término “obligación” en un contexto y “voluntario” en el otro.

1.3.1.1 Voluntariedad

Como ha indicado la Comisión, son muchas las definiciones académicas y profesionales que han caracterizado la RSE como algo voluntario y, es en este sentido, que no debe confundirse con las obligaciones objetivas atribuibles a las empresas ex lege.

Es notorio para cualquier jurista que el derecho positivo no es el único marco de emergencia de deberes u obligaciones individuales, en sentido lato. Una “obligación” es una exigencia que puede ser fijada por la ley con carácter general (norma objetiva de alcance general adoptada por la autoridad legislativa asegurada mediante una sanción inmanente), pero también por los códigos morales o éticos individuales o sociales, e incluso por un mero compromiso unilateral (una promesa). Por lo tanto, los deberes, o a lo que se cree que se está obligado a hacer, pueden emerger de leyes positivas, y en ese caso no son optativos, pero también de sistemas morales o de compromisos éticos voluntariamente aceptados.

Si la obligación emerge de la aceptación voluntaria de nuevas obligaciones morales o éticas, no impuestas jurídicamente ni derivadas de compromisos unilaterales a los que se quiere dotar de un carácter jurídicamente vinculante, la vigilancia, exigibilidad y castigo de su incumplimiento se derivarán de los propios sistemas éticos o morales (filosóficos, religiosos, sociales, empresariales) de donde emanan. Como se observará, no cabe descartar que el derecho positivo pueda atribuir también a

²⁵⁵ Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde, Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, COM (2001), 2011., párr. 20.

determinados actos unilaterales de manifestación de la voluntad ciertos efectos jurídicos, derivados de la creación de legítimas expectativas a terceros cuya protección sí que sería exigible a través de mecanismos jurídicos específicos.

R. Bowen (y otros que se recalcan de nuevo, no son juristas, ni filósofos, ni expertos en ética o moral), utilizaron el término “obligación” para referirse a la emergencia de una obligación “ética o moral”, diferenciable de las responsabilidades jurídicas. Estas últimas que, sin más, ya son exigibles a las empresas, en tanto son destinatarias de estas, desde que son exigibles en un espacio jurídico-temporal concreto, es decir, todo el derecho español en vigor que tenga como sujeto a cualquier empresa que opere en territorio español. En realidad, el autor lanzaba la idea de la existencia complementaria de un “deber ético empresarial” añadido: la “obligación” de contribuir simultáneamente a la mejora de la sociedad a través de la actividad empresarial, más allá de los propios beneficios sociales que pudieran derivarse de la eficacia económica que impone la libertad de empresa en la persecución del ánimo de lucro.

La integración voluntaria de preocupación sociales por parte de las empresas, como define la RSE la Comisión, es lo mismo que decir la “aceptación voluntaria” por parte de las empresas de deberes morales o éticos que modulan su conducta de persecución del ánimo de lucro en el conjunto de sus acciones comerciales y relaciones con la sociedad. Los empresarios suelen cambiar la expresión para evitar la confusión a la que puede conducir el término “obligación”, muy ligado al plano jurídico. Con la RSE no se asumen obligaciones jurídicas nuevas, reclamables vía judicial, sino “compromisos” o “responsabilidades” voluntarias por las que, en principio, sólo responderá en un plano moral o ético ante la sociedad, y no ante los tribunales²⁵⁶.

Esto se ve claramente en otra Comunicación de la Comisión, también del 2002, titulada “La responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible”, que emerge del proceso de diálogo constructivo posterior entablado con motivo de las reacciones públicas y privadas al Libro Verde (2011). Contiene un resumen de las 250 respuestas al Libro Verde. La mitad de las respuestas

²⁵⁶ Si bien para más información sobre esta cuestión y un estudio más detallado y preciso, véase el siguiente epígrafe así como infra apartado 3. Relevancia jurídica de la RSE en el derecho actual, ya que como se observará voluntariedad de los compromisos metajurídicos asumidos por una empresa podrá originar el nacimiento de derechos o deberes accesorios jurídicamente exigibles.

procedían del sector empresarial. El resto provenían del mundo académico, de sindicatos y otras formas de asociación privada de la sociedad (ONG), y de organizaciones públicas. Allí se refuerza esa idea de obligaciones no jurídicas complementarias como eje de la RSE:

“La RSE es un concepto con arreglo al cual las empresas deciden voluntariamente integrar las preocupaciones sociales y ecológicas en sus actividades comerciales y en las relaciones con sus interlocutores (...). Pese a la amplia gama de enfoques relativos a la RSE, existe un consenso generalizado sobre sus principales características:

La responsabilidad social consiste en un comportamiento que adoptan las empresas voluntariamente, más allá de sus obligaciones jurídicas, por considerar que redundará a largo plazo en su propio interés”²⁵⁷.

1.3.1.2 Obligatoriedad: deberes éticos principales y jurídicos accesorios

Así, lo esencial de las nuevas obligaciones voluntariamente asumidas por las empresas que invocan la RSE es que estos deberes primarios son distintos a las obligaciones jurídicas primarias que les resulten aplicables, y, por tanto, que su naturaleza es ética o moral, ergo, no reclamable judicialmente. Esto, sin embargo, no implica que de la RSE no puedan emerger deberes jurídicos accesorios para la protección de determinados bienes o intereses jurídicamente relevantes. E incluso, de ciertas expectativas jurídicas en beneficio de aquellos que asumen esos compromisos voluntarios no jurídicamente exigibles. Nos explicamos.

Sindicatos, ONG, y otros actores sociales han insistido en los foros de debate en la necesidad de desarrollar un marco normativo obligatorio que establezca las normas mínimas y garantice unas reglas de juego equitativas en materia de RSE, y que dé, además, una participación significativa en la RSE a todas las partes interesadas. Estas ideas fueron acogidas parcialmente en el seno de la UE en su “Estrategia renovada sobre RSE” aprobada en el 2011²⁵⁸.

El último documento de posición de la Comisión en esta materia apuntaba hacia la

²⁵⁷ Comisión de las Comunidades Europeas, *La responsabilidad social de las empresas...op.cit.*, p. 5.

²⁵⁸ Comisión Europea, *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas*, COM (2011) 681 final, de 25 de octubre de 2012.

conveniencia de regular jurídicamente ciertos aspectos complementarios de la RSE como, por ejemplo, su transparencia o credibilidad, e incluso el de incentivar a través del mercado o de la contratación pública la RSE (por ejemplo, con políticas de priorización de la adquisición pública de bienes y servicios socialmente más responsables). Se trata de un cierto cambio del modelo estrictamente voluntario de RSE puesto que impulsaba elementos regulables de la misma. La pérdida parcial del carácter estrictamente “voluntario” de la RSE futura emergía con claridad en el epígrafe 3.4 de la misma Comunicación “Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas”, dedicado al papel de los poderes públicos y otras partes interesadas, al incluir la siguiente afirmación:

“El desarrollo de la RSE deben liderarlo las propias empresas. Los poderes públicos deben desempeñar un papel de apoyo ofreciendo una combinación inteligente de medidas voluntarias y, en caso necesario, de acciones reguladoras, por ejemplo, para promover la transparencia, incentivar en el mercado un comportamiento responsable de las empresas y asegurarse de que estas deben rendir cuentas”²⁵⁹.

Es un sutil cambio de naturaleza en la concepción de la RSE que no afecta a lo principal de la misma: el llevar a cabo prácticas de Responsabilidad Social sigue siendo voluntario, pero elementos como su transparencia y la rendición de cuentas están, como se observará más adelante, empezando a ser objeto de regulación por los Estados. E incluso es posible normativizar también el “incentivo en el mercado” de un comportamiento responsable. Esto sugiere así una pérdida parcial del carácter auto-regulado de la RSE. Así, asumir obligaciones éticas añadidas es voluntario, pero una vez se asumen públicamente, aspectos como el modo en que se informa de la RSE a terceros pueden ser regulables o estar ya regulados, y por ello, podrían también suscitar responsabilidades jurídicas.

De conformidad con todo lo anterior, esta vertiente “jurídica” y, por ello, jurisdiccional de la RSE puede tener cinco planos de materialización jurídica que se desarrollaran al final de este capítulo: a) otorgar ventajas en la contratación y subvenciones públicas; b) impulso legislativo para la incorporación de la debida

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 9.

diligencia en materia de derechos humanos; c) protección de los intereses tutelables jurídicamente a favor de los consumidores, inversores, accionistas y otros frente a las prácticas desleales; d) incremento de la exigencia de divulgar información no financiera por parte de las empresas; e) utilización de la RSE como criterio de protección de los Estados huéspedes en tratados bilaterales que protegen la inversión directa extranjera.

1.3.2 Contribución social positiva: “doing good”

Ese nuevo espectro de deberes éticos asumidos voluntariamente por las empresas a través de la RSE tiene una finalidad específica: hacer avanzar objetivos socialmente categorizados como “buenos”. En este sentido, no se debe confundir el obrar de forma responsable, en el sentido de que la actividad de la empresa no impacte negativamente en la sociedad del hecho de ser responsables²⁶⁰ de las consecuencias que se derivan de sus actuaciones. A juicio de este estudio, en primer lugar, la RSE estaría relacionada con la forma que tiene la empresa de obrar de forma responsable, es decir, su comportamiento (ex ante). En segundo lugar, el ser responsables de las consecuencias que se derivan de sus actuaciones vendría relacionado con la rendición de cuentas (ex post).

Por ello, este estudio cree que el “doing good” no tiene sentido si bajo la RSE no se incluye el evitar las malas prácticas (“avoiding bad”) con el fin de prevenir la irresponsabilidad social corporativa. Es decir, la intención sería prevenir que las actividades de la empresa violen los derechos humanos, degraden el medioambiente o lleven a cabo comportamientos deshonestos hacia los consumidores o empleados, etc., incluso cuando dichas actuaciones no suponen una violación de la ley. Hay actuaciones que no vulneran la ley pero que podrían derivar en un comportamiento

²⁶⁰ González Esteban, Elsa, “Elementos y estructura de la responsabilidad”, comunicación presentada en la X Conferencia anual de Ética, Economía y Dirección “Responsabilidad social de las empresas”, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 13 y 14 de junio de 2002, pp. 2-6. La responsabilidad tiene que ver con la relación de coexistencia que se establece con el resto de los sujetos de su propio entorno o realidad, es decir en una circunstancia concreta en la que cada cual tiene que decidir sobre unas posibilidades determinadas y limitadas. Para algunos autores las empresas deben ser consideradas responsables por sus actuaciones. Así, desde el momento que una empresa tiene la posibilidad de hacer las cosas de una u otra forma de forma libre, debe dar razón de ello, debe ser responsable de sus elecciones. Velasquez, Manuel, “Why corporations are not morally responsible for anything they do” en *Business & Professional Ethics Journal*, vol. 2, 3, 1983, pp. 4-6. Para otros en cambio, como Velasquez, las empresas no son moralmente responsables de sus actuaciones, refiriéndose al tercero de sus significados (*to say that a person is morally responsible for an act is to say that the person is justly liable to blame and punishment*), partiendo de la base que los actos de las empresas no se originan en la empresa como tal sino en los miembros de la misma.

irresponsable²⁶¹. Dicho lo anterior, se puede hacer hincapié en que esta idea de hacer el bien, en tanto mejora social, puede entenderse desde una doble perspectiva que se focaliza en su área de actividad.

En primer lugar, la empresa puede contribuir a la mejora social cuando su actividad es llevada a cabo teniendo en cuenta los problemas que puede generar la consecución de su propio objeto social. Es decir, aquellos problemas sobre los que tiene una solución directa en tanto se encuentran relacionados directamente con aquello que la empresa es experta, es decir se centra en su área de conocimiento. A modo de ejemplo, puede pensarse en una empresa de procesamiento de datos, cuyos servidores precisan de grandes cantidades de energía que generan altas temperaturas. Para minimizar estos problemas, decide invertir en fuentes de alimentación más limpias y sostenibles o incluso desplazarse a un país más frío con la finalidad de ahorrar energía, ya sea gracias a la obtención de energía eléctrica de fuentes menos contaminantes o a través de la reducción del uso de los equipos de aire acondicionado que evitan el sobrecalentamiento.

En segundo lugar, se entiende que la empresa contribuye a esa mejora social cuando lleva a cabo acciones que permiten solucionar los problemas sociales que genera a la sociedad en relación con su actividad, pero con independencia de su objeto social. Por ejemplo, a través de acciones que supongan, en la medida de lo posible, el evitar el desplazamiento interno de una comunidad (pudiendo provocar impactos negativos sobre los derechos humanos como por ejemplo el derecho a la propiedad o incluso el derecho al agua).

Por ello, cabe decir que dentro de la RSE también se puede ubicar la creación y mejora continua de los sistemas de control interno y de supervisión creados por las propias compañías, sin estar obligadas a ello por la legislación, y que tienen por objetivo prevenir o reducir los riesgos de materialización de conductas contrarias a los derechos humanos (o perjudiciales para el medio humano). El establecimiento de

²⁶¹ Se entiende así que pueden distinguirse dos formas de ISC, esto es una intencionada y la otra no intencionada. La primera implicaría que la empresa de forma deliberada lleva cabo acciones que suponen una desventaja o provocan un daño a terceros, como el soborno, fraude, eliminación ilegal de residuos, etc. La segunda situación podría darse cuando las desventajas o los daños causados no son infligidos deliberadamente por la empresa. Por ejemplo, un fármaco que produce efectos secundarios potencialmente letales, pero éstos aparecen algún tiempo después de su introducción en el mercado. O, aunque llevado al extremo, por ejemplo, la venta de servicios que efectivamente cumplen con todas las condiciones establecidas legalmente pero que en cambio no responden a las necesidades de los clientes, sino que están únicamente dirigidas a maximizar las comisiones de ventas. Lin-Hi, Nick y Mülle, Karsten, "The CSR bottom line: Preventing corporate social irresponsibility" en *Journal of Business Research*, Vol. 66, Issue 10, 2013, p. 1932.

mecanismos de due diligence en materia social, cuando no ha sido fijado por la normativa en vigor, es una acción propia de la RSE²⁶².

De ahí, se entiende derivan dos grandes principios de funcionamiento de la RSE: su coherencia con la concreción universal de un ethos global, y la complementariedad de su acción a la propia de los Estados en la persecución de esos bienes públicos universales.

1.3.2.1 Coherencia

Frederick concluye que, aunque no precise de una definición exacta, la RSE contribuye a la mejora (“betterment”) del bienestar socioeconómico de la sociedad y asume que la organización no tiene una intención deliberada de producir daño a la sociedad²⁶³. Pero esto es demasiado impreciso en términos de “Teorías de la justicia”. ¿Qué debe entenderse como mejora o realce del bienestar social o del “bien común” o del “interés general”? ¿Deberá atender cada empresa a las definiciones del “interés general” realizadas por cada gobierno de los Estados donde opera? ¿Y si es un Estado dictatorial, tiránico o segregacionista? ¿Operará entonces la empresa de forma socialmente responsable si atiende a los intereses generales tal cual han sido definidos por estos representantes públicos?

Se podrían escribir varias tesis doctorales al respecto desde la perspectiva de las “Teorías de la justicia”: lo bueno o justo desde las teorías utilitaristas de Bentham; o desde la perspectiva kantiana del imperativo categórico universal; o desde las teorías de la “decisión por mayorías”; o desde la teoría de la justicia de Rawls que parte del “velo de la ignorancia”, etc.²⁶⁴. Es necesario, así, fijar referentes objetivos para identificar qué políticas, compromisos o prácticas promocionadas como RSE responde más objetivamente a la finalidad de hacer avanzar los bienes públicos globales. En consonancia con el carácter transnacional de la globalización, en cuya modelación concurren, no sólo los Estados, sino también las empresas, ONG e incluso los individuos, los marcos éticos y morales no pueden permanecer en el marco

²⁶² Si bien, se está observando una tendencia a la regulación de estos aspectos. En particular dentro de la UE. Vide infra, 3. Relevancia jurídica de la RSE en el Derecho actual.

²⁶³ Frederick, W.C., “The growing concern over business responsibility”, en *California Management Review*, Vol. 2 No. 4, 1960, pp. 54-61, citado en Ralston, Ekaterina S., “Deviance or norm? Exploring corporate social responsibility” en *European Business Review*, Vol. 2, Issue 4, 2010, p. 398.

²⁶⁴ Sandel, G., *Justice: What's the Right Thing to Do?*, Editorial Farrar, Straus and Giroux, 2010. Contiene un curso magistral sobre las principales teorías de lo justo o bueno articuladas a lo largo de la historia de la humanidad.

individual, del presente y localista, sino que se han de traspasar dichos márgenes y devenir una ética también de los colectivos, de las organizaciones, de las instituciones y las empresas²⁶⁵. A estos efectos, los principales espacios globales de los que disponemos para construir de modo continuo algo que podríamos denominar *ethos* global, serían Naciones Unidas y otros organismos especializados universales de la familia de la ONU. De ahí que, para esta investigación, las contribuciones voluntarias esenciales de las empresas orientadas hacia el “bien común”, que son especialmente significativas dentro de la RSE, son aquellas que se dirigen, de forma coherente, a aceptar y potenciar el recorrido práctico o efectividad de cualesquiera de estos hitos universales²⁶⁶:

- La Carta Internacional de Derechos Humanos (comprende la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos facultativos)²⁶⁷. La Declaración, designa al mismo nivel normativo derechos civiles y políticos junto con derechos económicos, sociales y culturales, creando conjuntamente el marco ético global más amplio en términos de derechos fundamentales reconocidos.
- La Declaración de Río sobre el Medio ambiente y Desarrollo (1992).
- La Declaración sobre los Principios y Libertades Fundamentales en el Trabajo (1998) de la OIT²⁶⁸ que fija el nivel básico de protección de derechos laborales en torno a la promoción de la libertad sindical y de huelga, la no discriminación, y la abolición del trabajo forzoso y la eliminación del trabajo infantil.
- Las Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales (1976,

²⁶⁵ Jonas, H., *El principio de responsabilidad. Ensayo para una ética de la civilización tecnológica*, Barcelona, Círculo de Lectores, 1994, pp. 29-31 citado en Román Maestre, Begoña, “La corrosión del "ethos" corporativo reflexiones sobre las condiciones de posibilidad de la ética empresarial” en *Recerca, Revista de pensament i anàlisi*, núm. 4, 2004, p. 138.

²⁶⁶ Véase también 3.1.2.2 Subjetividad internacional pasiva de las personas jurídicas, Capítulo 1.

²⁶⁷ *Resolución 21/A (III)*...op. cit; Doc. ONU, *A/RES/2200 A (XXI)*, op.cit, 1966; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *A/RES/2200 A (XXI)*, 1966.

²⁶⁸ La Convenios fundamentales de la OIT que reflejan esa ética laboral básica impulsada por la Declaración son los siguientes, por ámbitos sustantivos: a) Libertad sindical: Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, núm. 87; Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949, núm. 98; b) Abolición del trabajo forzoso: Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, núm. 29; Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957, núm. 105; c) Igualdad: Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, núm. 111; Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951, núm. 100; d) Eliminación del trabajo infantil: Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo, 1973, núm. 138; Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999, núm. 182.

revisadas en el 2011)²⁶⁹.

- La Declaración tripartita de los principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT (1977, revisada en el 2000)²⁷⁰.
- El Pacto Mundial de las Naciones Unidas (1999), con sus diez principios relativos a los derechos humanos, las normas laborales, el medio ambiente y la lucha contra la corrupción²⁷¹.
- Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (2011)²⁷².
- La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada por consenso en sesión plenaria de la Asamblea General de la ONU el 2 de agosto de 2015²⁷³.

Estas coordenadas esenciales para la orientación de las empresas hacia el “bien común” son suficientemente amplias como para dar cabida a la multitud de concepciones particulares de la responsabilidad social que puedan concebirse en el seno de las empresas. La idea de armonización de las políticas de RSE con los estándares internacionales básicos relativos al bien común ha sido expresamente asumida por la UE en los siguientes términos:

“A fin de lograr una situación internacional más equitativa, la Comisión intensificará su cooperación con los Estados miembros, los países socios y los foros internacionales pertinentes, para promover el respeto de los principios y directrices reconocidos internacionalmente y fomentar la coherencia entre ellos. Este enfoque requiere también que las empresas de la UE hagan un mayor esfuerzo por respetar esos principios y directrices (...).

La mejora de la coherencia de las políticas de la UE pertinentes para las empresas y los derechos humanos es un reto fundamental. Una mejor

²⁶⁹ OCDE, *Líneas Directrices...opc.cit.*

²⁷⁰ OIT, *GB.329/POL/7...op.cit.*

²⁷¹ *Vide supra*, Capítulo 1.

²⁷² Doc. ONU, *A/HRC/RES/17/4...op.cit.*

²⁷³ Véase el Doc. ONU, A/69/L.85, de 12 de agosto de 2015, con el *Proyecto de documento final de la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015*. Define 17 objetivos muy concretos relativos a: 1) La reducción de la pobreza; 2) La eliminación del hambre; 3) la mejora de la salud y el bienestar; 4) El impulso de la educación de calidad; 5) El avance en la igualdad de género; 6) el derecho al agua limpia y de saneamiento; 7) El impulso de las energías renovables y baratas; 8) el impulso del desarrollo económico y del trabajo decente; 9) el desarrollo de la industria, la innovación y la infraestructuras; 10) la reducción de las desigualdades globales; 11) el desarrollo de ciudades más sostenibles; 12) El fomento de la producción y el consumo responsables; 14) La lucha contra el cambio climático; 14) La protección de la vida submarina; 15) la protección de los ecosistemas; 16) el favorecimiento de la paz, la justicia y la buena gobernanza; y 17) la creación de alianzas para lograr todos los objetivos anteriores.

implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas contribuirá a alcanzar los objetivos de la UE sobre cuestiones específicas en materia de derechos humanos y normas laborales básicas, como el trabajo infantil, el trabajo forzoso en las cárceles, la trata de seres humanos, la igualdad de género, la no discriminación, la libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva (...)²⁷⁴.

1.3.2.2 Complementariedad

La idea de que la RSE conduce siempre al análisis de actividades que complementan, o a veces suplen, la responsabilidad de los Estados, o la irresponsabilidad de los mismos, en el avance de los objetivos básicos de la humanidad debe ser fundada desde la idea de la complementariedad. ¿Qué hay que descartar, a tales efectos? Qué las empresas *sustituyan* a los Estados en la definición de ese interés general o “bien común” y operen según sus propias “concepciones” de lo justo o lo injusto, el “bien” y el “mal”.

La RSE no se debe considerarse como un vehículo sustitutivo de las obligaciones de los poderes públicos de legislar en materia de derechos sociales y laborales, o medioambientales, ni tampoco de crear sistemas públicos eficaces de seguimiento, control y castigo de las conductas antisociales. No están revestidas formalmente de ninguna autoridad pública para determinar por sí mismas esos bienes públicos globales. Pero sí es posible que las empresas a través de la RSE diseñen complementos eficaces a las normas nacionales o internacionales exigibles que están orientadas a la satisfacción de aquellos bienes públicos globales. Alienándose con aquellos bienes comunes universales.

Por otro lado, en los países en los que la regulación o supervisión en estas materias es débil, la RSE evitaría que las empresas quisieran desarrollar una ventaja comparativa basándose en la ausencia de un marco legislativo o reglamentario adecuado o eficaz. Una práctica socialmente responsable buscaría, en la medida de lo posible, suplir esas deficiencias a través de su conocimiento de medios, derivado de su operatividad en diferentes contextos político-jurídicos, y colmar esas lagunas nacionales.

²⁷⁴ Comisión Europea, *Estrategia renovada de la UE...op.cit.*

En este sentido se expresaba también la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en el Preámbulo de la Resolución de su Comisión de Derechos Humanos de 13 de agosto del 2003 titulada “Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos”:

“Reconociendo que, aunque los Estados tienen la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, en su calidad de órganos de la sociedad, también tienen la responsabilidad de promover y proteger los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos”²⁷⁵.

1.3.3 Rendición de cuentas: responsabilidad ante la Sociedad

La expresión RSE indicaría también que las empresas deben responder (la “R” de la RSE) de las obligaciones que han asumido voluntariamente para hacer avanzar bienes comunes globales ante la sociedad (otro de los alcances de la “S” del acrónimo). La RSE no es sólo la asunción de deberes complementarios no jurídicos, sino que adjunta en la propia expresión una obligación de rendir cuentas ante la sociedad de las acciones u omisiones que reflejan el cumplimiento o no de esas obligaciones metajurídicas.

1.3.3.1 La rendición de cuentas como elemento esencial de la responsabilidad social

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, el término “responsabilidad” tiene hasta cuatro acepciones:

“1) cualidad de responsable; 2) Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal; 3) Cargo u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado; 4) Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente”²⁷⁶.

²⁷⁵ Doc. ONU, E/CN.4/Sub2/2003/12/Rev.2, *op.cit.*

²⁷⁶ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Disponible en: www.rae.es. Recuperado en febrero de 2021.

Ateniéndonos al marco conceptual en el que nos hemos situado, las anteriores acepciones enmarcarían muy bien, cada una de sus pequeñas diferencias, este elemento definitorio de la RSE. Así la plurivocidad del término “responsabilidad” podría aludir, con respecto a las empresas²⁷⁷:

- A que efectivamente la RSE es “una cualidad” que se atribuye a una empresa. Aquí las connotaciones del término son claramente positivas. Las obligaciones metajurídicas asumidas voluntariamente lo son para operar de modo bondadoso, haciendo el bien, evitando o limitando el mal a terceros, dándole esa “calidad” de responsable.
- Si bien, las acepciones 2, 3 y 4 serían también parte del campo semántico de la expresión. La RSE implica también satisfacer las obligaciones voluntariamente adquiridas. Y como corolario, reconocer y aceptar su posible incumplimiento, y reparar los daños causados por los hechos realizados libremente que no satisfacen los compromisos metajurídicos.

De este modo, la rendición de cuentas (Accountability en inglés²⁷⁸) implica que las empresas, las cuales tienen unas obligaciones y responsabilidades, y unas normas de desempeño definidas, deben:

- Responder de sus acciones y decisiones ante las personas y los grupos afectados, incluyendo así el acceso a la información de manera transparente y la justificación de la propia actuación (“obligación de dar explicaciones” o answerability en inglés).
- Establecer mecanismos para poder controlar el cumplimiento de las normas establecidas, imponer sanciones, y tomar las medidas correctivas o reparatorias necesarias (“capacidad de imponer sanciones” o “enforcement”

²⁷⁷ Velasquez, Manuel, “Debunking Corporate Moral Responsibility”, en *Business Ethics Quarterly*, vol. 13, 4, 2003, p. 532.

²⁷⁸ Se trata de un término que no tiene un equivalente exacto en castellano ni una traducción sólida. En realidad, ha sido también traducido como responsabilidad o fiscalización. El concepto rendición de cuentas, es en todo caso aquella traducción más cercana, si bien con matices. Se ha manifestado que en la adaptación lingüística de Accountability a rendición de cuentas, como sucede a menudo con las traducciones, se ha podido perder cierta fuerza y esencia. En primer lugar, la palabra accountability implica un sentido claro de obligación, mientras que la noción de rendición de cuentas parece sugerir que se trata de un acto voluntario, de una concesión generosa del soberano que rinde cuentas por virtud y voluntad propia, no por necesidad. Se precisa así que accountability sería la rendición obligatoria de cuentas. Schedler, Andreas, “¿Qué es la rendición de cuentas?”, en *Cuadernos de transparencia 03*, IFAI, 2008, p. 11. Una versión anterior de este texto apareció en inglés bajo el título “Conceptualizing Accountability,” en *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, eds. Andreas Schedler, Larry Diamond y Marc F. Plattner (Boulder y Londres: Lynne Rienner Publishers, 1999), pp. 13–28. Aunque va a utilizarse la palabra rendición de cuentas por cuestiones idiomáticas, la noción que va a tenerse se en cuenta es la del término anglosajón.

en inglés²⁷⁹).

No obstante, la faceta de la reparación o castigo debe ser distinta a la reparación o castigo legal cuándo esta es debida, para que tenga un significado propio. Las empresas pueden recibir sanciones jurídicas por sus conductas ilícitas, y tener obligaciones de reparación de daños objetivos o absolutos que no se deriven de negligencias o de conductas dolosas (formas de responsabilidad civil extracontractual). Pero aún cabría pensar en la articulación de formas de reparación o castigo complementarias (o suplementarias) a las propias del sistema jurídico que compensaran daños o castigaran conductas irresponsables de modo diverso a lo que puedan fijar los tribunales.

1.3.3.2 Con carácter social

La responsabilidad de la empresa específica a la que se alude se caracteriza como una rendición de cuentas “social”. No creemos que se trate de una cuestión baladí.

De la responsabilidad “jurídica” se encarga la Administración y los tribunales, que es un modo claro de “responder” ante la sociedad a través de los cauces legales de los que cada Estado se ha dotado. De la responsabilidad “moral” o “religiosa”, se respondería en base a un examen de conciencia (es decir a través de las normas morales que son impuestas por los propios individuos desde su autonomía, es decir, desde la libertad que poseen para concederse sus propias leyes o mediante las formas trascendentales de responder ante el Dios que cada creencia religiosa predica). Sin embargo, si la responsabilidad es social los compromisos metajurídicos se han asumido públicamente ante la sociedad en su conjunto, y por consiguiente, la rendición de cuentas debe ser de un modo u otro, pública, en un sentido lato, esto es, que su conocimiento sea accesible al público en general. Ciertamente es que algunos autores les parece que la ‘S’ es un elemento sobrante de la RSE. Estiman que cualquier responsabilidad es social por definición. Y proponen hablar simplemente de responsabilidad empresarial (RE) para evitar confusiones. Pero, para este estudio la S sigue pareciendo relevante y diferenciadora, porque pueden existir y existen otros modos distintos de sustanciar esa responsabilidad metajurídica ante la sociedad. Unos

²⁷⁹ Otro término que en castellano carece de un equivalente exacto. Pero que en cualquier caso ha de entenderse como aquellas actividades dirigidas a observar la ley y si es necesario a imponer medidas a la fuerza (sanción). Por lo tanto, aquellos que puedan exigir la rendición de cuentas no sólo cuestionan, sino que de forma eventual podrían castigar el comportamiento de los poderes públicos. Schedler, Andreas, *¿Qué es la rendición de cuentas?... op.cit.*, p. 16.

indirectos y otros directos.

A) El modo indirecto o genérico más típico es el “naming and shaming”, y las reacciones subsiguientes de los grupos de interés a estas acciones.

“Naming”, implicaría la identificación pública por parte de algún actor de la evidencia de violaciones o irregularidades por parte de una empresa. El “Shaming”, por su parte, se refiere al propósito estratégico posterior: a la posibilidad de que esa identificación convenza a la empresa a desistir de las acciones condenadas. Este modo se convierte en una medida clave para promover la rendición de cuentas, para promover así el cumplimiento de sus obligaciones o la reparación de los daños causados por el incumplimiento.

Además de los gobiernos, también las empresas, otras entidades asociativas de carácter público o privado, las ONG, sindicatos o también los consumidores pueden señalar y condenar las conductas irresponsables de las empresas con respecto a sus propios compromisos públicos de comportamiento responsable. Por lo tanto, tienen una cierta legitimidad para ejercer un cierto control y supervisión de la RSE, de lo que las empresas autoafirman que hacen en materia de sostenibilidad social y medioambiental. Las credenciales para ejercer este papel se derivan de su propio prestigio y capacidad de influencia en la sociedad. En ningún caso se trata de que estas instituciones ejerzan como “policías religiosos” de las empresas.

Estas sanciones pueden articularse a través de campañas de notoriedad negativa como, por ejemplo, a través de una campaña contra la falsa buena reputación de la empresa. Estas acciones podrían conducir a boicots contra el consumo, a la no inversión bursátil en empresas con comportamientos reprochables en materia de RSE, a una mayor dificultad de financiación en caso de entenderse como una empresa irresponsable socialmente, etc.

B) El modo directo o específico de control social del respeto de la RSE

Este modo directo se puede producir a través de las obligaciones no jurídicas secundarias que asumen a veces las empresas con respecto a la RSE. Muchas iniciativas o códigos de conducta de RSE vienen acompañados de procedimientos propios reglados de rendición de cuentas a través de los que se determina el

cumplimiento de las obligaciones no jurídicas adquiridas²⁸⁰. Se trata de mecanismos híbridos institucionalizados que crean modos de información sobre la RSE, procedimientos de vigilancia de la veracidad de las medidas adoptadas y de la información publicada, así como mecanismos institucionalizados de cese, reparación e incluso de castigo disciplinario (la expulsión) en caso de incumplimiento del código o de la iniciativa. Por supuesto, estos procesos tienden a impulsar la publicidad, lo que los vuelve también idóneos a su vez para instar después los modos genéricos de responsabilidad social antes aludidos. Es decir, todos ellos son, modos de responsabilidad social no jurídicos por los que también se puede exigir cuentas y penalizar (o premiar) socialmente conductas inapropiadas que pueden complementar, si es el caso, la responsabilidad jurídica que se sustancia a través de cuerpos públicos de inspección con potestad sancionadora y de los tribunales.

Así, el concepto final de la RSE adoptado en esta investigación se entiende que alude a un ámbito del conocimiento y la práctica en fase de desarrollo continuo, que orienta a las empresas en la concreción de una visión más global de los efectos de sus actividades en la sociedad. Enfrenta a los responsables privados a adoptar decisiones de inversión, producción o gestión empresarial, así como a la toma en consideración de los impactos políticos, sociales y medioambientales de sus acciones, y no sólo de sus resultados en término de lucro, que, no obstante, sigue siendo su lógica fundamental. Así, desde un punto de vista material, la RSE apunta en concreto al conjunto de compromisos, como complementos eficaces a las normas nacionales o internacionales exigibles, libremente aceptados por cada empresa y que tienen como finalidad reducir los impactos sociales negativos de su actividad o mejorar el bien común de conformidad con los estándares internacionales que configuran el *ethos* de la Comunidad Internacional en conjunto.

Por lo tanto, la RSE conllevará obligaciones de hacer el bien (mejorar el bienestar de la sociedad); de no hacer el mal (prevenir o evitar conductas contrarias al bienestar de la sociedad, aunque no estén prohibidas), así como de informar debidamente y rendir cuentas sobre la conducta relevante de la empresa. Este compromiso también podrá conducir incluso a la responsabilidad de reparar los daños ocasionados a los

²⁸⁰ En el cuarto Capítulo se analizará una de las iniciativas más relevantes para el sector del gas y del petróleo, la Iniciativa de Transparencia en la Industria Extractiva (EITI). También en el Capítulo 3 presentarán otras de las iniciativas relevantes adoptadas por este sector.

bienes comunes en caso de ser posible una reparación más allá de la establecida jurídicamente.

En términos de derechos humanos, ese hacer el bien y no hacer el mal se traducirá siempre en compromisos específicos que tengan como finalidad reducir o eliminar cualquier potencial impacto negativo de la conducta de las empresas sobre el conjunto de derechos sociales, laborales, civiles o políticos, que integran la definición de la ética global según los parámetros o criterios normativos señalados.

2. Responsabilidad Social empresarial y los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresa y Derechos Humanos

La historia de las EMN ha puesto en evidencia incidentes sobre abusos contra los derechos humanos como resultado de sus operaciones. Asimismo, durante años se ha venido alegando que estas empresas se han aprovechado de los marcos regulatorios débiles de los países en vías de desarrollo, así como de la corrupción para sus intereses corporativos. Esta realidad provocó la imperiosa necesidad de fijar normas internacionales que sometan a esas grandes empresas a obligaciones en relación con los derechos humanos. Como se ha podido observar en el Capítulo 1, en gran medida puede decirse que la actuación de las empresas básicamente queda supeditada a las correspondientes legislaciones locales de los países en los que operan. Como resultado, la idea común es que las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos son indirectas y de naturaleza jurídica. Es decir, se asume que éstas se encuentran establecidas por la ley del país donde llevan a cabo sus operaciones. Por lo que, es importante tener en cuenta que las operaciones llevadas a cabo a través de las fronteras excederían de las capacidades reguladoras de los sistemas nacionales. El propio John Ruggie²⁸¹, llegó a aseverar que la raíz fundamental de los impactos de las actividades empresariales en los derechos humanos reside hoy principalmente en los vacíos de gestión pública creados por la globalización, que dificultan la capacidad de controlar los impactos negativos de las fuerzas económicas²⁸². Como se analizará, probablemente una de las aportaciones más importantes del Marco “Proteger, respetar

²⁸¹ John Ruggie, profesor de la Universidad de Harvard, fue el Representante Especial del Secretario General de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos (2005 a 2011).

²⁸² Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, Proteger, respetar y remediar: un marco para las empresas y los derechos humanos, Doc. ONU, A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008, parr. 3.

y remediar” fue dar una mayor consciencia, empezar a arrojar algo de claridad acerca de la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos, así como a determinar cuál es su alcance y su interacción con las obligaciones del Estado en esta materia.

A continuación, se expone, de forma más detallada, el camino realizado por Naciones Unidas para establecer el debate sobre la regulación de las EMN.

2.1 La ONU y la regulación de las EMN

En el Capítulo I ya se dejó constancia de los primeros trabajos de la ONU en materia de EMN en la década de los 70 del S. XX²⁸³. Como se verá, hay una larga historia de relaciones entre las EMN y la ONU²⁸⁴.

2.1.1 Proyecto de Código de Conducta de naciones unidas para las EMN 1982

El incremento simultáneo del comercio global y las necesidades de desarrollo de los países de reciente independencia en los 50 y 60 es la razón del inicio de los estudios impulsados por la ONU en esta materia. Entre 1960 y 1978 se produjeron 1369 casos de nacionalizaciones de bienes de empresas que afectaron en especial a las empresas del sector del petróleo²⁸⁵. En el año 1972 el ECOSOC solicitó al Secretario General que designara a un grupo de personalidades para estudiar los efectos de las EMN en el proceso de desarrollo económico y social²⁸⁶. Tras las recomendaciones del Grupo, se creó la denominada Comisión de Sociedades Transnacionales (compuesta por 48 Estados miembros) y el UNCTC. A ambos órganos se les encomendó la misión de prestar asistencia al ECOSOC en la elaboración de un código de conducta para las EMN. Una primera versión del Proyecto de Código de Conducta de Naciones Unidas para Empresas Multinacionales fue presentada en el año 1982²⁸⁷, pero no sería hasta 1990 que se presentaría la versión definitiva del Código ²⁸⁸. El proyecto fracasó,

²⁸³ *Vide supra* Capítulo 1.

²⁸⁴ Tagi Sagafi-Nejad y J. H. Dunning, *The UN and Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact*, Indiana University Press, 2008.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 22.

²⁸⁶ Resoluciones 1721 (LIII)...*op.cit.* y 1908 (LVII), *Los efectos de las empresas transnacionales en el proceso de desarrollo y en las relaciones internacionales*, de 28 de julio de 1972 y 2 de agosto de 1974, respectivamente.

²⁸⁷ *Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*, Doc. ONU, E/C.10/1982/6, de 5 de junio de 1982. Véase Fikentscher, W., “United Nations code of conduct: new paths in International Law”, en *American Journal of Comparative Law*, 30, 4, 1982, pp. 577-604

²⁸⁸ Doc. ONU, E/1990/94,...*op.cit.*, pp. 577-604.

principalmente por la ausencia de acuerdo de dotarle de carácter vinculante. Las negociaciones se mantuvieron estancadas durante muchos años, al tiempo que la redacción del Código se adentraba en un momento de transformación de la esfera internacional y de cambios de intereses de los propios Estados. Así, nunca logró ser apoyado como una resolución del ECOSOC o de la Asamblea General de la ONU. Finalmente, en 1992 las negociaciones fueron suspendidas, y en 1993 se cerraría el UNCTC y sus actividades se transferirían a la UNCTAD. Esta creó una unidad interna específica para seguir trabajando estas cuestiones la “Transnational Corporations and Management Division”. No obstante, el siguiente impulso político de la cuestión de las EMN y los Derechos humanos procedió, en los años 90, de otro organismo de Naciones Unidas, la Subcomisión de las Naciones Unidas de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (originalmente denominada "Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías”).

2.1.2 El Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo y las actividades de las EMN

La Subcomisión de las Naciones Unidas de Promoción y Protección de los Derechos Humanos es el principal Órgano subsidiario de la Comisión de Derechos Humanos. La Subcomisión creó en el año 1998 el “Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo y actividades de las empresas transnacionales”, cuyo mandato inicial era de tres años²⁸⁹. Este Grupo presentó un informe²⁹⁰ en el que se daba cuenta de sus sesiones y de los documentos y debates sostenidos por los expertos. En ese período se habían elaborado ya tres documentos:

- El documento de trabajo redactado por el Sr. Guissé, titulado “Informe del Grupo de Trabajo del período de sesiones encargado de examinar los métodos de trabajo y las actividades de las empresas transnacionales sobre su primer

²⁸⁹ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo, y los métodos de trabajo y las actividades de las empresas transnacionales*. Resolución 1998/8 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, de 20 de agosto de 1998. Iniciaría sus labores en 1999. Integraron inicialmente el grupo de El-Hadji Guissé (África), Soo-Gil Park (Asia), David Weissbrodt (Estados de Europa occidental y otros Estados), Miguel Alfonso Martínez (América Latina) y Sr. Vladimir Kartashkin (Europa oriental).

²⁹⁰ Comisión de Derechos Humanos, Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Informe del Grupo de Trabajo del período de sesiones sobre los métodos de trabajo y las actividades de las empresas transnacionales sobre su tercer período de sesiones. Presidente-Relator: Sr. El-Hadji Guissé. Consejo Económico y Social, Informe del Grupo de Trabajo del período de sesiones sobre los métodos de trabajo y las actividades de las empresas transnacionales sobre su tercer período de sesiones, E/CN.4/Sub.2/2001/9, 14 de agosto de 2001.

período de sesiones”²⁹¹.

- Otro documento de trabajo escrito por A. Eide titulado “Empresas, Estados y derechos humanos: nota sobre las responsabilidades y procedimientos de aplicación y observancia de las directrices de derechos humanos”²⁹².
- Y el documento principal elaborado por D. Weissbrodt titulado “Proyecto de directrices universales de derechos humanos para las empresas”²⁹³.

En realidad, en el mandato inicial del Grupo de Trabajo no figuraba la tarea de redactar un instrumento como el que finalmente se formuló. A pesar de ello, en su primera reunión ya se planteó la necesidad de trabajar en la elaboración de un instrumento que estableciera obligaciones vinculantes, implementables y supervisables para las EMN²⁹⁴. Aun así, la cuestión de la obligatoriedad o no de la “Directrices” presentadas planeó durante toda la discusión sostenida por el Grupo²⁹⁵. Esto llevaría a solicitar una prórroga de su mandato, el cual fue aprobado por tres años más²⁹⁶. Este nuevo mandato establecía:

- “a) Contribuir a la elaboración de normas pertinentes en lo que respecta a los derechos humanos y a las empresas transnacionales y otras unidades económicas cuyas actividades tienen consecuencias para los derechos humanos;
- b) Analizar la posibilidad de establecer un mecanismo de seguimiento que permita aplicar sanciones y obtener reparaciones por las infracciones y los daños causados por las empresas transnacionales, y contribuir a la elaboración de normas vinculantes a tal efecto”.

²⁹¹ Consejo Económico y Social, El ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales: la cuestión de las empresas transnacionales, Informe del Grupo de Trabajo del período de sesiones encargado de examinar los métodos de trabajo y las actividades de las empresas transnacionales sobre su primer período de sesiones, El-Hadji Guissé, Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/1999/9, 12 de agosto de 1999.

²⁹² Eide, A, *Corporations, states and human Rights; A note on responsibilities and procedures for implementation and compliance*, Comisión de Derechos Humanos, Sub-Comisión de Promoción y Protección de derechos humanos. Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/2001/WG.2/WP.2, marzo 2001.

²⁹³ *Draft Universal Human Rights Guidelines for Companies*, Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/2001/WG.2/WP.1/Add.2, de 31 de mayo de 2001.

²⁹⁴ En la primera sesión del Grupo de Trabajo el Presidente hizo una declaración introductoria señalando que la tarea principal del Grupo consistía en redactar un documento que integrara todas las medidas y normas necesarias para garantizar que las actividades de las empresas transnacionales estén en consonancia con la promoción y la protección de los derechos humanos (párr. 11). Informe del Grupo de Trabajo del período de sesiones encargado de examinar los métodos de trabajo y las actividades de las empresas transnacionales sobre su primer período de sesiones. Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/1999/9...*op.cit.*

²⁹⁵ Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/2001/9...*op.cit.*, de 14 de agosto de 2001, párrafo. 24 y ss.

²⁹⁶ Resolución 2001/3, *Efectos de los métodos de trabajo y de las actividades de las empresas transnacionales sobre el disfrute de los derechos humanos*, Doc. ONU, E/CN4/SUB.2/RES/2001/3, de 15 de agosto de 2001.

Al cabo, el Grupo de Trabajo presentó a la Comisión de Derechos Humanos el “Proyecto de Normas de la ONU sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas en relación con los derechos humanos (2003)”²⁹⁷. El Proyecto de Normas identificaba obligaciones concretas de las empresas y el deber de los Estados de hacer respetar a las empresas sus obligaciones en materia de derechos humanos; e incluso describía mecanismos concretos por los cuáles las empresas hubieran debido hacer efectivas aquellas obligaciones. Y de nuevo, el Proyecto de Normas, como antes el Borrador de Código, tuvo que dormir el sueño de los justos. Nunca sería aprobado en una resolución solemne ni de la Comisión de Derechos Humanos ni de la ONU, quedando cancelada la labor del Grupo de Trabajo²⁹⁸. Si bien se puntualizó, eso sí, “la importancia y prioridad que se atribuye a la cuestión de la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos” pero añadió que el ECOSOC debería afirmar que:

“el documento E/CN.4/sub.2/2003/12/Rev.2 no había sido solicitado por la Comisión y, al ser un proyecto de propuesta, careciera de autoridad legal, y que la subcomisión no debería ejercer ninguna función de vigilancia al respecto”²⁹⁹.

La falta de acuerdo sobre el contenido del Proyecto era rotunda e insuperable a corto plazo. La principal causa del rechazo de la mayoría de los Estados (y de las asociaciones de empresarios) era su carácter perentorio, vago y sustitutivo de las obligaciones propias de los Estados³⁰⁰.

En contraste, y de modo más realista con los desacuerdos profundos percibidos, el Secretario General de las Naciones Unidas lanzó el 31 de enero de 1999, dentro del Foro Económico Mundial de Davos, el Pacto Mundial. Un espacio que ha sobrevivido hasta la actualidad y que ha recibido el respaldo de las empresas y los Estados como

²⁹⁷ Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/2003/12...*op.cit.* Al respecto, Jägers, Nicola, *Corporate Human Rights obligations... op. cit.*, pp. 124-128; Hillemanns, C., “UN Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights”, en *German Law Journal*, 4, 2003, pp. 1065-1080; Wallace, R.M.M., y Martin-Ortega, O., “The UN Norms: a first step to universal regulation of transnational corporations’ responsibilities for human rights?”, en *Dublin University Law Journal* 26, pp. 304-319.

²⁹⁸ Resolución 2004/116, *Responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*, Doc. ONU, E/CN.4/Res/2004/116, de 20 de abril de 2004.

²⁹⁹ Oficina del Alto Comisionado, *Responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*, Doc. ONU, E-CN 2004/116, de 4 de diciembre de 2004.

³⁰⁰ Párrafo 20 del Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas relaciones con respecto a los derechos humanos*, Doc. ONU, E/CN.4/2005/91, 15 de febrero de 2005.

marco voluntario para la promoción de un conjunto de compromisos más laxos en materia de derechos humanos, derechos laborales, protección del medioambiente, y lucha contra la corrupción, que agrupa en estos momentos a más de 160 países, 9000 empresas y unas 4000 entidades sociales³⁰¹.

Con posterioridad al citado informe del Alto Comisionado, la Comisión de Derechos Humanos, en su Resolución 2005/69, solicitó al Secretario General que designara a un Representante Especial en el ámbito de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales para que trabajara de forma conjunta con la Oficina del Pacto Mundial y del Alto Comisionado para los Derechos Humanos³⁰².

2.1.3 John Ruggie: el Representante Especial del Secretario General para los Derechos Humanos y las empresas transnacionales

La búsqueda de un nuevo consenso en esta materia dentro de la ONU debía partir de unos nuevos mimbres. Rápidamente la Comisión de Derechos Humanos de la ONU lanzó un nuevo mecanismo de seguimiento de la cuestión. En el 2005 la Comisión de Derechos Humanos creó la figura del Representante especial del Secretario General para los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales³⁰³ cuyo mandato (párrafo 1 a) parte dispositiva) era el de:

“Señalar y aclarar normas uniformes sobre la responsabilidad empresarial y la rendición de cuentas de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos”.

El Secretario General nombró como Representante Especial al Profesor de la Universidad de Harvard John Ruggie con un mandato de tres años. En 2008, al término de su primer mandato presentó ante el Consejo un informe con un marco conceptual y político denominado: “Proteger, respetar y remediar: un marco para las empresas y los derechos humanos”³⁰⁴. En este informe ya pasó a describir los tres principios sobre los cuales se entiende debe fundamentarse toda acción relativa al mundo empresarial y a los derechos fundamentales. Este marco fue descrito por

³⁰¹ Web del Pacto Mundial. Disponible en: <https://www.unglobalcompact.org/about>. Recuperado en febrero de 2022.

³⁰² Resolución de la Comisión de Derechos Humanos, de 20 de abril de 2005, E/CN.4/Res/2005/69, *Derechos humanos y Empresas Transnacionales y otras empresas comerciales*.

³⁰³ *Idem*.

³⁰⁴ Doc. ONU, A/HRC/8/5, *op.cit.*

Ruggie como un “conceptual and policy framework to anchor the business and human rights debate, and to help guide all relevant actors”. La Comisión de Derechos Humanos renovó entonces su mandato por otros tres años con la tarea de “hacer operativo” el marco conceptual propuesto³⁰⁵. Su labor concluyó en 2011 con la presentación del informe titulado “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar”³⁰⁶ en el que se resumía su labor desde el 2005 hasta el 2011, y se presentaban los Principios Rectores (2011), tras diversos informes previos y múltiples estudios de gran valor jurídico-práctico³⁰⁷. Los Principios Rectores fueron aprobados por el Consejo de Derechos Humanos el 16 de junio de 2011³⁰⁸ en una resolución que dio lugar a la creación del “Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas” (el Grupo de Trabajo en adelante) y del “Foro sobre empresas y Derechos humanos” (el Foro en adelante), organismos que dieron continuidad a las labores del Representante Especial en los términos fijados por la resolución del Consejo de Derechos Humanos³⁰⁹. El Consejo

³⁰⁵ Consejo de Derechos Humanos, *Mandate of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, Doc. ONU, A/HRC/RES/8/7, de 18 de junio de 2008.

³⁰⁶ Doc. ONU, A/HRC/17/31, ...*op.cit.*

³⁰⁷ Informes presentados por el Representante Especial:

Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, Doc. ONU, A/HRC/4/74, de 5 de febrero de 2007; *Interim report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, Doc. ONU, E/CN.4/2006/97, de 22 de febrero de 2006; *Business recognition of human rights: Global patterns, regional and sectoral variations*, Doc. ONU, A/HRC/4/35/Add.4, de 8 de febrero de 2007; *Human rights policies and management practices: results from questionnaire surveys of Governments and the Fortune Global 500 firms*, Doc. ONU, A/HRC/4/35/Add.3, de 28 de febrero de 2007; *Corporate responsibility under international law and issues in extraterritorial regulation : summary of legal workshops*, Doc. ONU, A/HRC/4/35/Add.2, de 15 de febrero de 2007; *State responsibilities to regulate and adjudicate corporate activities under the United Nations core human rights treaties: an overview of treaty body commentaries*, Doc. ONU, A/HRC/4/35/Add.1, de 13 de febrero de 2007; *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, Doc. ONU, A/HRC/4/35, 19 de febrero de 2007; *Clarifying the Concepts of “Sphere of influence” and “Complicity”*, Doc. ONU, A/HRC/8/16, de 15 de mayo de 2008; *Corporations and human rights: a survey of the scope and patterns of alleged corporate-related human rights abuse*, Doc. ONU, A/HRC/8/5/Add.2, de 23 de mayo de 2008; *Summary of five multi-stakeholder consultations*, Doc. ONU, A/HRC/8/5/Add.1, de 23 de abril de 2008; *State obligations to provide access to remedy for human rights abuses by third parties, including business*, Doc. ONU, A/HRC/11/13/Add.1, de 15 mayo de 2009; *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, John Ruggie, Doc. ONU, A/HRC/11/13, de 22 de abril de 2009; *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, John Ruggie, Doc. ONU, A/HRC/14/27, de 9 de abril de 2010; *Addendum - Principles for Responsible Contracts: Integrating the management of human rights risks into State-investor contract negotiations - Guidance for negotiators*, Doc. ONU, A/HRC/17/31/Add.3, 25 mayo de 2011; *Addendum - Human Rights and Corporate Law: Trends and Observations from a Cross-National Study conducted by the Special Representative*, Doc. ONU, A/HRC/17/31/Add.2, de 23 mayo de 2011; *Addendum - Piloting principles for effective company-stakeholder grievance mechanisms: A report of lessons learned*, Doc. ONU, A/HRC/17/31/Add.1, de 24 mayo de 2011.

³⁰⁸ Doc. ONU, A/HRC/RES/17/4, ...*op.cit.*

³⁰⁹ De este modo, la Resolución 17/4 estableció las siguientes directrices para el Grupo de Trabajo: a) Promover la divulgación y aplicación efectiva y global de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar; b) Identificar, intercambiar y promover las buenas prácticas y lecciones aprendidas sobre la aplicación de los Principios Rectores y evaluar y formular recomendaciones sobre ellos y, en ese contexto, a solicitar y recibir información de todas las fuentes pertinentes, como los gobiernos, las empresas transnacionales y otras empresas, instituciones nacionales de derechos humanos, la sociedad civil y los titulares de derechos; c) Prestar apoyo a la labor de promoción del fomento de la capacidad y la utilización de los principios rectores, y, cuando se le solicite, brindar

renovó el mandato del Grupo de Trabajo en 2014 (Resolución 26/22) y en 2017 (Resolución 35/7)³¹⁰.

Por su parte, el Foro, dirigido y presidido por el Grupo de Trabajo, fue establecido para servir como una plataforma global para "discutir las tendencias y desafíos en la aplicación de los Principios Rectores y promover el diálogo y la cooperación sobre cuestiones relacionadas con las empresas y los derechos humanos"³¹¹.

Este Foro se ha convertido en el mayor encuentro anual del mundo sobre las empresas y los derechos humanos al que acuden desde representantes de gobiernos, a empresas, grupos comunitarios, sociedad civil, despachos jurídicos, inversores, organismos de la ONU, instituciones nacionales de derechos humanos, grupos sindicales, universitarios y medios. En este foro anual, de tres días, los participantes asisten a debates sobre temas relacionados con los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos (el marco para "Proteger", "Respetar" y "Remediar"), generándose así un espacio para crear redes, intercambiar experiencias y aprender de las numerosas iniciativas destinadas a promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas³¹².

asesoramiento y recomendaciones acerca de la elaboración de leyes y políticas nacionales relativas a las empresas y los derechos humanos; d) Realizar visitas a los países y responder con prontitud a las invitaciones de los Estados; e) Seguir estudiando las posibilidades que existen, a nivel nacional, regional e internacional, de aumentar el acceso a recursos efectivos disponibles para quienes vean afectados sus derechos humanos por las actividades de las empresas, incluidos quienes se encuentren en zonas de conflicto; f) Integrar una perspectiva de género en toda la labor prevista en su mandato y prestar especial atención a las personas que se encuentran en situación vulnerable, en particular los niños; g) Trabajar en estrecha cooperación y coordinación con otros procedimientos pertinentes del Consejo de Derechos Humanos, los órganos pertinentes de las Naciones Unidas y demás órganos internacionales, los órganos de tratados y las organizaciones regionales de derechos humanos. h) Establecer un diálogo sistemático y analizar los posibles ámbitos de cooperación con los gobiernos y todos los interlocutores pertinentes, incluidos los órganos de las Naciones Unidas, los organismos especializados, los fondos y los programas, como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Pacto Mundial, la Organización Internacional del Trabajo, el Banco Mundial y su Corporación Financiera Internacional, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y la Organización Internacional para las Migraciones, así como con las empresas transnacionales y otras empresas, las instituciones nacionales de derechos humanos, los representantes de los pueblos indígenas, las organizaciones de la sociedad civil y otras organizaciones internacionales regionales y subregionales; i) Guiar los trabajos del Foro sobre las empresas y los Derechos Humanos; j) Presentar anualmente informes al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General. Asimismo, el Consejo a través de la Resolución 35/7 pidió al Grupo de Trabajo que prestara la debida atención a la aplicación de los Principios Rectores en el contexto de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Resolución 35/7, Las empresas y los derechos humanos: mandato del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, Doc. ONU, A/HRC/RES/35/7, de 14 de julio de 2017.

³¹⁰ Resolución Consejo de Derechos Humanos 26/22, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, Doc. ONU, A/HRC/RES/26/22, de 15 de julio de 2014 y Resolución Consejo de Derechos Humanos 35/7, Doc. ONU, A/HRC/RES/35/7...*op.cit.*

³¹¹ Resoluciones 17/4 y 35/7 del Consejo de Derechos Humanos...*op.cit.*

³¹² Hasta la fecha de la redacción de esta tesis, se han celebrado 10 Foros. El último tuvo lugar en diciembre de 2021.

2.1.4 Nueva propuesta de celebración de un tratado internacional en la materia

El último espacio de reflexión abierto en la ONU sobre esta materia tubo como punto de partida la sesión de septiembre de 2013 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Allí, la delegación de Ecuador presentó una declaración haciendo hincapié en "la necesidad de avanzar hacia un marco legalmente vinculante para regular el trabajo de las empresas transnacionales, así como proporcionar protección adecuada, justicia y reparación a las víctimas por las violaciones de los derechos humanos sufridas como consecuencia ya sea de forma directa o en relación con las actividades de algunas empresas transnacionales y otras empresas comerciales"³¹³.

En este sentido, si se considera que no existen obstáculos que imposibiliten a los Estados a decidir sobre lo que tienen que legislar a nivel nacional, así como tampoco a nivel internacional, en tanto creadores de normas jurídicas que confieren derechos y obligaciones³¹⁴, ¿qué es lo impide entonces a los Estados a redactar un tratado que sea legalmente vinculante para la protección de los derechos humanos en el ámbito de las operaciones comerciales? En realidad, una primera respuesta sería que, tal y como Skogly afirma "much of international law is subject to political will, and not least its creation"³¹⁵.

Sin embargo, J. Ruggie cuestionó el valor real de una iniciativa de este tipo. A parte de la amplitud de lo que se intenta alcanzar a través de la redacción de un tratado vinculante y las cuestiones formales que deben establecerse (¿cómo hacer cumplir el tratado?, ¿cómo y quién va a llevar a cabo su supervisión?), la realidad muestra que los intereses comunes no han sido fácilmente identificables entre los Estados, como ha podido percibirse repasando todos los intentos de crear normas internacionales vinculantes en la materia, y tal y como señala J. Ruggie:

“they embody such extensive problem diversity, institutional variations, and

³¹³ Ruggie, John G., *A UN Business and Human Rights Treaty?*, *Issues Brief*, Harvard University's Kennedy School of Government, 28 de enero de 2014; Ruggie, John G., *A UN Business and Human Rights Treaty Update*, Harvard University's Kennedy School of Government, 1 de mayo de 2014.

³¹⁴ Martín Ortega, Olga, *Empresas multinacionales...* *op. cit.* p. 128. La existencia de instrumentos específicamente dirigidos a las EMN para el control de su conducta así como los intentos de implementar obligaciones relativas a los derechos humanos para las EMN a través de la jurisdicción penal o civil, son elementos a tener en cuenta al considerar que existe cierto consenso respecto de que los Estados tienen la capacidad para requerir a las empresas que se atengan a obligaciones jurídicamente vinculantes en materia de derechos humanos y que el Derecho internacional es el ordenamiento adecuado para ello.

³¹⁵ Skogly, Sigrun I.,...*op. cit.*, p. 253.

conflicting interests across and within states that any attempt to aggregate them into a general business and human rights treaty would have to be pitched at such a high level of abstraction that it is hard to imagine it providing a basis for meaningful legal action”³¹⁶.

Con motivo de tal demanda, el Consejo de Derechos Humanos a través de la Resolución 26/9, decidió crear un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, cuyo mandato sería elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos (Open-Ended Intergovernmental Working Group -OEIGWG- por sus siglas en inglés)³¹⁷. El proceso de negociación de un tratado es un proceso complejo y largo, donde se entrelazan tanto cuestiones jurídicas como debates e intereses políticos.

En la actualidad el OEIGWG ha celebrado siete sesiones. Las dos primeras sesiones fueron dedicadas a realizar deliberaciones constructivas sobre el contenido, el alcance, la naturaleza y la forma de un futuro instrumento internacional para regular, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. En su tercera sesión el Grupo discutió sobre los elementos para el borrador de un instrumento jurídicamente vinculante en base a los debates celebrados durante las dos primeras sesiones.

De este modo, en base a las anteriores sesiones, y de acuerdo con una serie de consultas informales abiertas celebradas durante el 2018, el OEIGWG presentó en julio de 2018 el llamado Zero Draft (Borrador Cero)³¹⁸, un instrumento legalmente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, así como un Protocolo Opcional del Zero Draft³¹⁹. Este Borrador sirvió de base para las negociaciones durante la cuarta sesión del OEIGWG,

³¹⁶ *Idem*.

³¹⁷ Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos 26/9, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, Doc. ONU, A/HRC/RES/26/9, de 14 de julio de 2014.

³¹⁸ Zero Draft, *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*, de 16 de julio de 2018.

³¹⁹ *Draft optional protocol to the legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*, 16 de julio de 2019.

que tuvieron lugar a finales de 2018. Como se observa, del informe del Grupo sobre su cuarto período de sesiones, el debate y la negociación siguen en pie³²⁰. El Zero Draft empezaba así a ofrecer una oportunidad que va más allá de un marco voluntario para determinar un marco internacional de responsabilidad legal para las empresas que no cumplen con sus responsabilidades de derechos humanos. Las sesiones continuaron y en 2019 se celebró la quinta, la cual se centró en las negociaciones sobre el proyecto revisado del instrumento jurídicamente vinculante. La penúltima sesión se dedicó a las negociaciones sobre el segundo borrador revisado del tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos. Finalmente, en la última sesión, celebrada en 2021, se realizó, entre otros aspectos, la tendencia hacia la transformación de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos en obligaciones jurídicas, mostrando una vez más, que se trata de un proceso que no está exento de críticas, tanto de aquellos que abogan por su aprobación como los que no³²¹. Las discusiones sobre el tercer borrador muestran así, que todavía tendremos que esperar para conocer el resultado final del mismo.

Como ya se ha expuesto, en esta investigación se ha considerado que el derecho internacional público podría ser el marco jurídico adecuado para establecer las obligaciones de las EMN en materia de derechos humanos. Sin embargo, los desafíos y limitaciones expuestos, tanto a nivel legal como político, evidencian la necesidad de estudiar otras vías que permitan “controlar” las actividades de las empresas. De ahí que se considere la necesidad de estudiar la viabilidad de jugar en diferentes niveles, entre lo legal y lo voluntario, con el fin de salvar las carencias existentes. Por ello, a través de este estudio se pretende analizar la eficacia de la RSE en la protección de los estándares fijados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a través de las iniciativas voluntarias (en particular, como se ha adelantado, este trabajo va a centrarse en el EITI) y cómo estas están empezando a tener una gran relevancia jurídica.

³²⁰ Informe del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos sobre su cuarto período de sesiones, Doc. ONU, A/HRC/40/48, de 2 de enero de 2019.

³²¹ Informe sobre el séptimo período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humano, Doc. ONU, A/HRC/49/65, de 29 de diciembre de 2021.

2.2 Los Principios Rectores y la Responsabilidad Social Corporativa

Así, en ausencia todavía de acuerdo suficiente entre los Estados para la elaboración de un tratado internacional universal que se ocupe de la regulación concreta de las EMN los derechos humanos y el desarrollo sostenible³²², los Principios Rectores (2011)³²³ siguen siendo el marco conceptual general apoyado por la ONU como guía para los Estados, las empresas y las ONG en esta materia. ¿Qué relaciones hay entre los Principios Rectores y la RSE? Muchas más de las que se ven a primera vista. En realidad, los Principios Rectores se inspiran en las formas de fundamentación ética de la RSE.

2.2.1 Sistemática de los Principios Rectores

Los Principios Rectores se encuentran divididos en un total de 31 Principios organizados en tres Secciones o Unidades que se corresponden con los tres Pilares del marco de análisis “Proteger, respetar y remediar”, fijado por J. Ruggie en el 2008:

- el deber de los Estados de proteger los derechos humanos (Apartado I, principios 1 a 9);
- la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos (Apartado II, principios 11 a 24); y
- el acceso a mecanismos de reparación (Apartado III, principios 25 a 31).

Estos 31 Principios, están a su vez clasificados en principios “fundacionales” y principios “operativos”, y se refieren a los deberes de los Estados, que guardan relación con la conducta de las empresas y a los deberes de las empresas relativos a la protección de los derechos humanos. De hecho J. Ruggie afirmó que esa diferenciación es una de las aportaciones más relevantes:

³²² *Vide supra* Capítulo 1. Primero la parálisis de los trabajos de la comisión de Empresas Transnacionales, con su propuesta de Código de conducta en 1982, Doc. ONU, E/C.10/1982/6...*op. cit.* Luego la paralización también de las llamadas *Normas de la ONU sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas en relación con los derechos humanos*, elaboradas por la “Subcomisión sobre la promoción y protección de los derechos humanos”, y que fueron sometidas a un proceso de consulta que también llevó a la parálisis del código. Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2..., *op.cit.*

³²³ Oficina del Alto Comisionado, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, 2011.

“what this framework does, as I said, is to clearly differentiate the respective roles of businesses and governments and make sure that they both play those roles”³²⁴.

Este último criterio de ordenación del documento conlleva la siguiente estructura obligacional en función del destinatario pasivo de las obligaciones:

- Principios dirigidos a los Estados:
 - i. Principios Fundacionales; 1, 2 y 25.
 - ii. Principios operativos respecto a la obligación de proteger; 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10.
 - iii. Principios operativos respecto los mecanismos de reparación; 26, 27, 28 y 31.

- Principios dirigidos a las empresas:
 - i. Principios Fundacionales; 11, 12, 13, 14 y 15.
 - ii. Principios operativos; 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, y 24.
 - iii. Principios respecto a la reparación; 29, 30 y 31.

Como es sabido, los deberes del Estado de proteger los Derechos Humanos emanan directamente del derecho internacional de los derechos humanos. Estos están obligados a proteger y hacer efectivos los derechos humanos de toda persona que se encuentre en su territorio o bajo su jurisdicción, incluyendo la protección contra las vulneraciones cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas³²⁵. Por lo tanto, el Estado no sólo debe cumplir con su obligación de no incurrir en conductas que puedan vulnerar los derechos humanos, sino que además debe adoptar todas aquellas acciones necesarias para asegurar que toda persona en su jurisdicción pueda gozar de sus derechos. Asimismo, son los Estados los principales responsables de facilitar el acceso a los mecanismos de reparación.

En la Introducción del documento y otros puntos de los párrafos preliminares del anexo se recuerda, así, que los Principios Rectores no alteran esta cuestión. El punto

³²⁴ OCDE, Prof. John Ruggie on Business and Human Rights, 10, dic, 2010. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=dVDupBFJiqE>. Min 2:09. Recuperado en mayo de 2015.

³²⁵ Márquez Carrasco Carmen, *El Plan Nacional de España sobre empresas...op.cit.*, p. 38.

14 de la “Introducción a los Principios Rectores” señala explícitamente que:

“La aportación normativa de los Principios Rectores no radica en la creación de nuevas obligaciones de derecho internacional, sino en precisar las implicaciones de las normas y métodos actuales para los Estados y las empresas; en integrarlas en un modelo único lógicamente coherente e inclusivo; y en reconocer los puntos débiles del actual sistema y las mejoras posibles”.

Más adelante en el apartado inicial de “Principios generales” se insiste en la misma idea:

“En ningún caso debe interpretarse que estos Principios Rectores establezcan nuevas obligaciones de derecho internacional ni que restrinjan o reduzcan las obligaciones legales que un Estado haya asumido, o a las que esté sujeto de conformidad con las normas de derecho internacional en materia de derechos humanos”³²⁶.

Por supuesto, la naturaleza *soft* de los Principios Rectores ha sido criticada por una parte de la doctrina y las ONG. Sobre todo, por no adjuntar en el documento ninguna obligación de nuevo cuño en materia de persecución extraterritorial de posibles abusos de los derechos humanos cometidos por empresas³²⁷. Pero nunca estuvo en el mandato del Relator Especial otra orden que aportar principios e ideas que volvieran más eficaz el conjunto de obligaciones internacionales existentes dirigidas a los Estados o a las empresas relativas al respeto, protección y promoción de los Derechos Humanos. Un Relator Especial no es una Conferencia multilateral orientada a la aprobación de tratados internacionales. Menos aun teniendo en cuenta el resultado de las dos iniciativas anteriores que ya tuvieron aquella otra orientación.

Lo que interesa ahora es describir correctamente las interacciones entre el segundo y el tercer pilar de los Principios Rectores y la RSE en este ámbito. A los efectos de

³²⁶ Oficina del Alto Comisionado, *Principios Rectores sobre las Empresas...op. cit.*, p. 1.

³²⁷ Véase por ejemplo, de la International Federation of Human Rights, International Commission of Jurists y Human Rights Watch, su declaración: *Joint civil statement on business and human rights to the 17th session of the UN Human Rights Council*, Ginebra, 15 junio 2011. Disponible en <https://www.hrw.org/news/2011/05/30/joint-civil-society-statement-17th-session-human-rights-council>. Recuperado en mayo de 2021. A su parecer, la aprobación de los Principios Rectores fallaba en su principal misión de hacer avanzar la protección de los derechos humanos. Véase las críticas parecidas formuladas por José Elías Esteve Moltó, “Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?”, en *Anuario Español de Derechos Internacionales*, Vol. 27, 2011, pp. 317-351.

las EMN, lo más relevante es el análisis de los principios que enuncian los deberes de las empresas de respetar los derechos humanos, prevenir su vulneración, dar cuenta de sus actividades en esta esfera, y de articular mecanismos de reparación extrajudicial, que serían, en lo esencial, los tipos de deberes que se encuentran recogidos en los Principios.

2.2.2 Naturaleza de las responsabilidades de las empresas

Como es sabido, los Principios Rectores parten de las obligaciones existentes de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos fundamentales, pero también de:

“el papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos”³²⁸.

Esto supone admitir un efecto horizontal obligacional genérico de los derechos humanos con respecto a las empresas. Es decir, al lado del deber del Estado de proteger los derechos humanos emerge la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos y de participar, junto con los Estados, en la articulación de mecanismos de reparación extrajudiciales.

Se ha visto en el Capítulo I, que los trabajos de J. Ruggie confirman la idea de que el conjunto de los tratados internacionales en materia de Derechos humanos crea deberes de respeto también para los particulares, incluidas las empresas. Los Principios Rectores afirman como “Principio fundacional” 11 que:

“las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación”³²⁹.

³²⁸ Oficina del Alto Comisionado, *Principios Rectores sobre las Empresas...op. cit.*, p. 1. No son de recibo las críticas así de diversos autores sobre la no utilización del término “obligación” o “deber” cuando los Principios Rectores se refieren a la empresa. Como veremos “responsabilidad”, “deber” u “obligación” son para J. Ruggie deberes éticos, no jurídicos. Parece así que, si bien los Principios Rectores no establecen un reconocimiento explícito de que el concepto “responsabilidad” es distinto a “deber” u “obligación”, la diferencia estaría implícita en la medida en que se invoca el término deber con respecto a los estados solamente. Blitt, Robert C., “Beyond Ruggie’s Guiding Principles on Business and Human Rights: Charting an Embracive Approach to Corporate Human Rights Compliance” en *Texas International Law Journal*, Volume 48, Issue 1, 2012; University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 158, pp 43.44.

³²⁹ Oficina del Alto Comisionado, *Principios Rectores sobre las Empresas...op. cit.*, p. 15

J. Ruggie continúa esta afirmación con una explicación aún más radical. La responsabilidad de respetar los derechos humanos constituye, según él, “una norma de conducta mundial aplicable a todas las empresas, dondequiera que operen”. Existe así:

“con independencia de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones de derechos humanos y no reduce esas obligaciones: Se trata de una responsabilidad adicional a la de cumplir las leyes y normas nacionales de protección de los derechos humanos”³³⁰.

Por tanto, J. Ruggie vincula directamente las empresas al Derecho internacional público, inclusive si alguno de los tratados referenciados no es obligatorio para los Estados en donde operan o se han constituido. Dota así de efecto directo erga omnes los tratados internacionales básicos de derechos humanos con respecto a la obligación de respeto por la empresa. Incluso se podría decir que, con carácter imperativo, esto es, con independencia de que el Estado del cual es nacional una empresa haya o no ratificado la Carta Internacional de Derechos Humanos o los tratados impulsados por la Declaración de Principios de la OIT (1998)³³¹. Así que la pregunta a formular es, ¿está hablando realmente J. Ruggie de una obligación jurídicamente exigible? ¿Cómo se ha dado a luz esa obligación tan amplia que no pende ni tan siquiera sobre los Estados en su conjunto? ¿Cuál es la naturaleza deóntica de ese deber o responsabilidad imperativa?

En el Capítulo I se ha afirmado que, con respecto a los tratados de derechos humanos celebrados por los Estados, las empresas, en el espacio donde se constituyen u operan, tienen también el deber fijado por el derecho internacional de respetar y no vulnerar los derechos humanos. Sin embargo, podría parecer que J. Ruggie no está predicando exactamente lo mismo. Los Principios Rectores no enuncian y describen los deberes jurídico-internacionales de las empresas que emanan del derecho

³³⁰ *Ídem.* 5

³³¹ Son estos marcos los que definen esas obligaciones *imperativas* de las empresas, según el Principio 12: “La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos, que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.” Los Principios además afirman que las empresas pueden impactar sobre todos los derechos humanos y que, por lo tanto, deben considerar derechos adicionales. Hay otros derechos reconocidos y recogidos en otros estándares o convenciones como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Esto, aunque, se establece que la empresa pueda tener en consideración de otros derechos dependiendo de las circunstancias, podría suponer una laguna a través de la que las empresas podrían evitar responsabilidades.

internacional en vigor en los lugares donde operan. Sino un deber ético mundial de toda empresa de no vulnerar los derechos humanos contenidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos y en los tratados impulsados por la Declaración de principios de la OIT (1998), con independencia de que hayan sido o no ratificados por los Estados en los que se constituyen y operen las empresas. Predicar este “deber mundial” es sólo posible si se está refiriendo a deberes éticos, no a deberes jurídicamente exigibles, puesto que estos dependerán del modo en que se articulen sus efectos por las normas de derecho internacional. Esto entronca de pleno con el “deber de respetar los derechos humanos de las empresas” con la RSE. Y así lo aclara J. Ruggie más adelante:

“La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se diferencia de las cuestiones de responsabilidad legal y el cumplimiento de las leyes, que siguen dependiendo en gran medida de las disposiciones legislativas nacionales en las jurisdicciones pertinentes”³³².

No hay creación de nuevos deberes jurídicamente exigibles a las empresas, sino elucidación de modos o mecanismos para dar satisfacción a ese deber ético mundial de respetar los elementos básicos de los derechos humanos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y en las convenciones citadas por la Declaración sobre los principios de la OIT de 1998, que ni siquiera los Estados miembros de la OIT tenían la obligación de ratificar (aunque sean algunos de los tratados de más amplia ratificación). Simplemente J. Ruggie sitúa todo el conjunto de responsabilidades de las empresas que desarrolla en la esfera de las obligaciones o deberes éticos complementarios o suplementarios, y no sustitutivos, de los deberes jurídicos.

En este sentido, la perspectiva que además aquí se plantea es que el Marco y los Principios Rectores deben ser interpretados como un marco general que define el rol de cada actor y que, en cualquier caso, las obligaciones concretas para cada actor deberán ser desarrolladas de forma específica por otras iniciativas o incluso por instrumentos legales en base a este.

³³² Oficina del Alto Comisionado, *Principios Rectores sobre las Empresas...op. cit.*, p. 16.

En la actualidad se puede hablar de algunas iniciativas que ya irían encaminadas a llevar a cabo dicho ejercicio, como la Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas (en adelante EITI por sus siglas en inglés) o los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos (en adelante los Principios Voluntarios), entre otros.

2.2.3 Alcance de la responsabilidad de las empresas

Ese deber ético de no causar perjuicios a los derechos humanos básicos de los demás³³³ se superpone a los deberes jurídico-positivos cuando existan y en la medida en que existan. Todas las empresas³³⁴ deben “prevenir” y “evitar” vulnerar los derechos humanos señalados, o “mitigar” sus impactos negativos sobre los mismos³³⁵, con independencia de la situación en la que se encuentra la protección legal de los mismos dentro de un Estado. Esto es, desde el punto de vista de esta investigación, la RSE. Por supuesto, las empresas deben responder jurídicamente por las lesiones a los derechos humanos cuando se le atribuyen hechos lesivos culpables o dolosos, e incluso inconscientes o completamente involuntarios, en función del modo en que cada marco normativo interno subsuma esas conductas lesivas (derecho laboral, derecho civil contractual o extracontractual, derecho penal, otras formas jurisdiccionales específicas de protección de los derechos humanos en sí mismos).

Por lo tanto, dentro de los Principios Rectores son relevantes los deberes éticos accesorios u operativos que describe J. Ruggie y que, generalmente, se encontrarán con carácter simultáneo entre las obligaciones jurídicas a las que pueda enfrentarse una empresa en el plano interno. Según los Principios Rectores las empresas deberán efectuar:

- Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos.
- Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos.
- Un proceso que permita reparar las consecuencias negativas sobre los

³³³ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, *Proteger, respetar y remediar...op. cit.*, p. 9.

³³⁴ Oficina del Alto Comisionado, *Principios Rectores sobre las Empresas...op. cit.*, Principio 14., p. 16

³³⁵ Principio 13, *Ibidem*, p. 17.

derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar”³³⁶.

Los dos primeros principios operativos son típicos de la RSE. El tercero forma parte también de los medios más tradicionales de impulsar la RSE de las empresas, aunque es menos frecuente y puede presentar notables dificultades prácticas para su plasmación, puesto que se superpondrá de ordinario al plano de las responsabilidades jurídicas de la empresa. Expuesto lo anterior, ¿a qué se parecen los principios operacionales de J. Ruggie? En realidad, se está trasladando a los Principios Rectores mecanismos típicos de la Responsabilidad Social de la Empresa con décadas de funcionamiento. Los sistemas de RSE que se inspiran en modelos técnicos como el Sistema Gestión de Riesgos en la empresa, el Sistema de Gestión de la Calidad o el Sistema de Gestión medioambiental definidos por la ISO para todo tipo de empresas.

A) Declaración política pública

El Principio Operativo (PO) 16 de los Principios Rectores indica lo siguiente con respecto a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos:

“Para asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben expresar su compromiso con esta responsabilidad mediante una declaración política que:

- Sea aprobada al más alto nivel directivo de la empresa.
- Se base en un asesoramiento especializado interno y/o externo.
- Establezca lo que la empresa espera, en relación con los derechos humanos, de su personal, sus socios y otras partes directamente vinculadas con sus operaciones, productos o servicios.
- Se haga pública y se difunda interna y externamente a todo el personal, los socios y otras partes interesadas.
- Quede reflejada en las políticas y los procedimientos operacionales necesarios para inculcar el compromiso asumido a nivel de toda la empresa”.

De este modo, este primer Principio operativo podría entenderse como una fundamentación ética de este Pilar obligacional de las empresas. Esta declaración tendría un fuerte fundamento en las teorías éticas de la RSE. Y en menor medida en

³³⁶ Principio 15, *Ibidem*, p. 18.

las teorías políticas de la RSE³³⁷. Es decir, se entiende que J. Ruggie asumiría que la RSE responde a una idea de la ética corporativa, y por eso exige que su vocación de respeto a los derechos humanos: sea aprobada el más alto nivel de la empresa; y además sea pública. Si bien, como elemento propio de las teorías políticas de la RSE solo asumiría que, más tarde, la empresa deba comunicar a todos los grupos de interés esa declaración, pero no exige que la política de responsabilidad social sea elaborada junto con estos.

De acuerdo con lo anterior, cabe decir que la Declaración política que sienta el eje de la RSE con respecto a los derechos humanos la elabora la empresa basada “en un asesoramiento especializado interno y/o externo”. ¿En qué textos o prácticas parece se inspiró J. Ruggie al formular este principio operativo? Su configuración lleva a determinar que estos textos serían el Pacto Mundial de la ONU, así como las ISO 9001 e ISO 14000³³⁸.

En base al Pacto Mundial, las empresas firmantes se comprometen a impulsar sus 10 Principios, estando los seis primeros directamente ligados a los Derechos humanos³³⁹. Así, las empresas que firman este compromiso global con estos Principios deben enviar una “Carta de Compromiso” firmada por el Director General

³³⁷ Para más información véase, Garriga, E. y Melé, D., “Corporate Social Responsibility Theories: Mapping the Territory” en *Journal of Business Ethics*, vol. 53, 1/2, 2004, pp. 51-71. De la revisión de la literatura relacionada la clasificación de Garriga y Melé es considerada como una de las más relevantes para fundamentar el estudio sobre la RSC ya que toma en consideración el enfoque entre la interacción empresa-sociedad, es decir sitúa la naturaleza de la relación entre empresa y sociedad como centro de discusión. Los citados autores asumen la hipótesis que las más destacadas teorías sobre RSC se focalizan en una de las siguientes realidades sociales, a decir; la economía, la política, la integración social y la ética. Concluyen que las principales teorías sobre la RSC se centran en los siguientes puntos; i) alcanzar los objetivos que lleven a la empresa a producir beneficios a largo plazo; ii) usar el poder de la empresa de forma responsable; iii) integrar las demandas sociales; y, iv) contribuir a lograr una buena sociedad haciendo lo que es éticamente correcto. La anterior hipótesis les permite sistematizar las teorías de la RSC en cuatro grupos: Teorías instrumentales, Teorías políticas, Teorías integradoras y Teorías éticas.

³³⁸ Las normas ISO son un conjunto de normas orientadas a ordenar la gestión de una empresa en distintos ámbitos. Son unas normas voluntarias que ha adquirido un gran reconocimiento y aceptación a nivel internacional. Estas normas son determinadas por el Organismo Internacional de Estandarización (ISO) y están compuestas de estándares y guías relacionados con sistemas y herramientas concretas de gestión adaptables a cualquier tipo de organización. La ISO 9001 es una norma de sistemas de gestión de la calidad que se centra en todos los elementos relativos a la calidad con los que una organización debe contar para tener un sistema efectivo que le permita administrar y mejorar sus productos y servicios. La ISO 14001 permite a las empresas demostrar el compromiso asumido con la protección del medio ambiente a través de la gestión de los riesgos medioambientales asociados a la actividad desarrollada. Para más información véase *ISO Tools*. Disponible en: <https://www.isotools.org>. Recuperado en mayo de 2020.

³³⁹ Los Diez Principios del Pacto Mundial derivan de declaraciones de Naciones Unidas en materia de derechos humanos, trabajo, medioambiente y anticorrupción y gozan de consenso universal. Principio 1: “Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales, reconocidos internacionalmente, dentro de su ámbito de influencia”; Principio 2: “Las empresas deben asegurarse de que sus empresas no son cómplices en la vulneración de los Derechos Humanos”; Principio 3: “Las empresas deben apoyar la libertad de afiliación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva”; Principio 4: “Las empresas deben apoyar la eliminación de toda forma de trabajo forzoso o realizado bajo coacción”; Principio 5: “Las empresas deben apoyar la erradicación del trabajo infantil”; Principio 6: “Las empresas deben apoyar la abolición de las prácticas de discriminación en el empleo y la ocupación”; Principio 7: “Las empresas deberán mantener un enfoque preventivo que favorezca el medio ambiente”; Principio 8: “Las empresas deben fomentar las iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental”; Principio 9: “Las empresas deben favorecer el desarrollo y la difusión de las tecnologías respetuosas con el medioambiente”; y Principio 10: “Las empresas deben trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluidas extorsión y soborno”.

de la empresa, la cual deber ir dirigida al Secretario General de la ONU. En esta deben expresar públicamente su compromiso con el Pacto Mundial y con sus Diez principios, y además deben comprometerse a llevar a cabo acciones en apoyo de los fines de la ONU³⁴⁰. Por otro lado, el referente de la ISO 9001 (2008)³⁴¹ define un sistema de gestión de calidad de la producción de cualquier bien o servicio aplicable a cualquier empresa, con independencia de su tamaño u organización, o los productos o servicios que desarrolla. La ISO 9001, en la versión disponible en el momento de desarrollar sus informes, indicaba en las Secciones V y VI que la dirección de la organización debía definir la política, asegurar las responsabilidades, y aprobar objetivos relativos a la calidad de la producción. Por su parte, la ISO 14001 que define un sistema de gestión medioambiental³⁴², proporciona a las empresas los elementos esenciales de un sistema acreditable de gestión y las ayuda a lograr sus metas ambientales. Este estándar en particular, en su Sección 5.2, también establece la aprobación de unos objetivos de “política ambiental” por los máximos órganos directivos. En el siguiente epígrafe se traban con más precisión todos los paralelismos entre los Principio Rectores y los estándares ISO.

B) Sistema de “diligencia debida”: identificar, planificar, ejecutar, hacer seguimiento, comunicar

Los Principios operativos (PO) 17 a 21 están destinados a prescribir a las empresas con un marco exigente de “diligencia debida” para prevenir la vulneración de los derechos humanos. La diligencia debida hace referencia al conjunto de políticas y procesos definidos para “identificar, prevenir o mitigar” las posibles consecuencias negativas del conjunto de sus actividades sobre los derechos humanos. En la descripción de la responsabilidad de “diligencia debida” también se recoge la alusión al fin de “responder” por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, pero este compromiso se concreta más específicamente en el Tercer Pilar que es donde resulta más oportuno mencionarlo. ¿Qué relación guarda

³⁴⁰ Global Compact, *Online Application Guideline*. Disponible en: https://www.unglobalcompact.org/docs/how_to_participate_doc/Online_Application_Guideline_Business.pdf. Recuperado en enero de 2021. Véase también un modelo de *Carta de Compromiso en español*. *Global Compact*. Disponible en: https://www.unglobalcompact.org/docs/how_to_participate_doc/Business_Commitment_Letter_ES.pdf. Recuperado en enero de 2021.

³⁴¹ ISO 9001:2015. Disponible en: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:9001:ed-5:v1:es> (figura la actual versión 2015 que es posterior e incorporaba ligeros cambios). Recuperado en mayo de 2020.

³⁴² ISO 14001: 2015. Disponible en: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:14001:ed-3:v1:es>. Recuperado en mayo de 2020.

este pilar con los mecanismos propios de la RSE? Al igual que en el caso anterior, J. Ruggie continúa haciendo uso de estándares empresariales no jurídicos ya existentes. Así, en los principios operativos describe los siguientes deberes:

- Identificar los impactos reales o potenciales para los derechos humanos de su actividad (PO 17, PO 18).
- Prevenir y mitigar los impactos previamente identificados incorporando las conclusiones de las evaluaciones de riesgo en todas las funciones y procesos internos pertinentes (PO 19).
- Hacer un seguimiento de las consecuencias de los procesos articulados para evitar o mitigar los daños a los derechos humanos (PO 20).
- Comunicar exteriormente las medidas tomadas de modo creíble (PO 21).

En efecto, después de la declaración política, viene la “diligencia debida” que exige que las empresas identifiquen activamente y en tiempo debido, los riesgos de impacto negativo (o positivo) que su actividad puede tener con respecto a los derechos humanos; diseñen e implanten políticas (acciones, procesos, responsables) antes de iniciar sus operaciones para eliminar o reducir esos riesgos; evalúen los resultados obtenidos con criterios e indicadores objetivos que permitan mejorar el sistema establecido, y finalmente, comuniquen todo ello.

¿Qué vemos de nuevo? La traslación del estándar ISO 9001, ISO 14000, con respecto a las formas de evaluación de riesgo, así como también la ISO 31000 sobre el “Sistema de gestión de riesgos”³⁴³ (principios y guías) con el objetivo que las empresas, desarrollen de modo eficaz la política social declarada, de conformidad con los requisitos legales, pero también con otros aspectos de derechos humanos significativos³⁴⁴.

³⁴³ La ISO 31000 tiene como objetivo que cualquier entidad, con indiferencia de tipo o tamaño, gestionen los riesgos en la empresa de forma efectiva, por lo que recomienda que estas desarrollen, implanten y mejoren continuamente un marco de trabajo cuyo fin es integrar el proceso de gestión de riesgos en cada una de sus actividades. Para más información véase: ISO 31000:2018. Disponible en: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:31000:ed-2:v1:es>. Recuperado en mayo de 2021.

³⁴⁴ Debe tenerse en cuenta además que el concepto de debida diligencia es un proceso extensamente utilizado por las empresas por ejemplo en los procesos de fusiones y adquisiciones para conocer la reputación de la empresa que se va a adquirir y los distintos riesgos que puede conllevar la operación. Así, el análisis tiene como propósito tener un conocimiento exhaustivo de la realidad en la que opera la entidad para así evitar escenarios latentemente adversos en el futuro. Existen diversos tipos de diligencia debida principales; financiera, legal, laboral así como incluso también comercial. Asimismo, por su creciente relevancia, cada vez más se están llevando a cabo otros procesos relacionados con cuestiones medioambientales, de protección de datos o sobre los sistemas de información. En realidad, estos procesos devienen importantes recursos de negociación para pactar una compra ya que ayudan a conocer los riesgos y fortalezas de la operación.

Las ISO 9001 e ISO 14001 despliegan un conjunto de estándares de lo que se conoce en el mundo de la empresa como un sistema de gestión PHVA, es decir: a) Planificar, b) Hacer, c) Verificar, d) Actuar:

- Planificar: establecer los objetivos del sistema y sus procesos, y los recursos necesarios para generar y proporcionar resultados de acuerdo con los requisitos del cliente y las políticas de la organización, e identificar y abordar los riesgos y las oportunidades.
- Hacer: implementar los procesos.
- Verificar: realizar el seguimiento y (cuando sea aplicable) la medición de los procesos y los productos y servicios resultantes respecto a las políticas, los objetivos, los requisitos y las actividades planificadas, e informar sobre los resultados.
- Actuar: tomar acciones para mejorar el desempeño, cuando sea necesario³⁴⁵.

Como se indica en la introducción de la ISO 9001, este sistema se fundamenta en “que el pensamiento basado en riesgos es esencial para un sistema de gestión de la calidad eficaz” e incluye “llevar a cabo acciones preventivas para eliminar no conformidades potenciales, analizar cualquier no conformidad que ocurra, y tomar acciones que sean apropiadas para los efectos de la no conformidad para prevenir su recurrencia”³⁴⁶.

³⁴⁵ Sistema de Gestión de Calidad, ISO 9001:2015, 0.3.2.

³⁴⁶ Sistema de Gestión de Calidad ISO 9001:2015, 0.3.3.

Y así se completa la mimesis por J. Ruggie de las ISO 9001/14001:

Tabla 1.1 Comparativa entre los Principios Rectores, la ISO 9001 y la ISO 14001

Principios Rectores	ISO 9001	ISO 14001
Declaración política (PO 16)	Sec. 5: liderazgo, compromiso, política	Sec. 5: Liderazgo, compromiso, política ambiental
Debida diligencia (PO 17-21)		
Identificación de riesgo (PO 17)	Sec. 6.1. Identificación de riesgos	Sec. 6.1. Identificación de riesgos
Planificación para prevenir y mitigar (PO 19)	Sec. 6.1 Acciones para abordar riesgos y oportunidades 6.2 Objetivos de la calidad y planificación para lograrlos 6.3) Planificación de los cambios	Sec. 6.1.4. Planificar acciones: 6.2.1. Objetivos ambientales y Planificación de acciones para alcanzar los objetivos ambientales
Ejecución (PO 19 a)	Sec. 7. Apoyo 7.1 Recursos, 7.2. Competencia	Sec. 7. Soporte 7.1. Recursos 7.2. Competencia
Evaluación (PO 20) (seguimiento medición, análisis)	Sec. 9: Evaluación del desempeño	Sec. 9. Evaluación del desempeño.
Comunicación (PO 21)	Sec. 7. Apoyo 7.3. Toma Conciencia, 7.4. Comunicación	Sec. 7. Soporte 7.3. Conciencia 7.4. Comunicación

Fuente: elaboración propia

La “debida diligencia” de J. Ruggie podría ser simple y llanamente, el armazón de una futura ISO relativa a sistemas de gestión de derechos humanos que sirva para dar

debido cumplimiento a su responsabilidad mundial de respetar los derechos humanos; un modelo de sistema integral de gestión de derechos humanos que, parafraseando las ISO existentes, “permita que cualquier organización desarrolle e implemente una política y objetivos que tenga en cuenta las exigencias legales u otros requisitos que la organización suscriba, así como toda la información relativa a aspectos ambientales significativos”. Se aplicaría así a los “aspectos de derechos humanos que la organización identifique que debe respetar o puede contribuir a su protección o mejora, o sobre los que la organización pueda tener influencia. Igual que en el caso de las ISO mencionadas, los criterios de desempeño específicos serían los fijados por la normativa vigente en el lugar donde operen”³⁴⁷.

Su segunda aportación de interés es que ya fija ciertos procedimientos específicos para ajustar un PHVA a la cuestión de los Derechos Humanos. Ilustrativamente, por ejemplo con el fin de identificar y mitigar los riesgos para los derechos humanos, las empresas deben recopilar información a través de expertos en derechos humanos internos y/o independientes así como a través de consultas a las principales partes interesadas (Principio Operativo 18): ONG, sindicatos, organismos internacionales que actúan en el espacio en cuestión y que tienen experiencia específica en determinadas violaciones de los derechos humanos (Banco Mundial, UNICEF, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), etc.). Por otro lado, también, de conformidad con el mismo PO, podría hacerse referencia a que la comunicación de esa diligencia debida debe ser lo más amplia posible, incluyendo de nuevo a todos los actores internos o externos interesados; y exigiendo la máxima claridad y detalle en esa comunicación para facilitar su comprensión por los destinatarios.

J. Ruggie, en definitiva, adjetiva la ISO 9001 para transformarla en una ISO de calidad de la gestión de los Derechos Humanos. Igualmente, todo el proceso de identificación, análisis, valoración y tratamiento de riesgos reproduciría la ISO 3100 de gestión de riesgos (diseño de un sistema de análisis de riesgo, aplicación del

³⁴⁷ Un ejemplo en este sentido es la SA 8000. Esta un estándar de certificación internacional que fomenta en las empresas el desarrollo, el mantenimiento y la aplicación de prácticas socialmente aceptables en el puesto de trabajo. Esta norma fue creada en 1989 por la SAI (Responsabilidad Social Internacional). La certificación SA 8000 aborda temas como el trabajo infantil y el trabajo forzado, la salud y la seguridad en el trabajo, libertad de asociación y negociación colectiva, discriminación, medidas disciplinarias, horario de trabajo, remuneración y sistemas de gestión, e incorpora acuerdos internacionales como los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

sistema, monitoreo, revisión, mejora continua y registro) en especial, las secciones 4 y 5³⁴⁸.

Así, como toda ISO de sistemas de gestión, la “debida diligencia” de J. Ruggie no sólo daría lugar a la realización de una “autodeclaración” sino que sería susceptible de buscar la certificación de conformidad con el estándar de “debida diligencia” por terceras partes interesadas o por una organización; en otras palabras, sería susceptible así de ser verificada externamente.

C) Reparar

El Tercer Pilar está constituido por un Principio Fundacional y seis Principios Operativos. Este Principio Fundacional establece que “los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces”³⁴⁹.

Los Principios Rectores añaden el compromiso de las empresas de hacer frente a las consecuencias negativas sobre las que tengan alguna participación³⁵⁰. Esto implica que la empresa deberá desarrollar mecanismos para reparar los impactos negativos sobre los derechos humanos que se deriven de su actividad, aunque no señala medidas concretas a tal efecto.

De este modo, la reparación de los daños a los derechos humanos atribuidos a una empresa se puede satisfacer, según los Principios Rectores por tres vías:

- Mecanismos judiciales estatales.
- Mecanismos extrajudiciales estatales.
- Mecanismos (extrajudiciales también) de reclamación no estatal³⁵¹.

³⁴⁸ ISO 31000:2018.

³⁴⁹ Se entiende que las reparaciones están destinadas a contrarrestar o reparar cualquier daño a los derechos humanos que se haya producido y pueden incluir disculpas, restitución, rehabilitación, compensaciones económicas o no económicas y sanciones punitivas (ya sean penales o administrativas, por ejemplo, multas), así como medidas de prevención de nuevos daños como, por ejemplo, los requerimientos o las garantías de no repetición. Principio 25, Oficina del Alto Comisionado, *Principios Rectores sobre las Empresas...op. cit.*, p. 33.

³⁵⁰ Principio 11, *Ibidem*, p. 15.

³⁵¹ Los Principios Rectores incluyen aquí los mecanismos ante “*organismos regionales e internacionales de derechos humanos*”. Esta inclusión nos parece un error de sistematización puesto que en todos estos casos nos encontraríamos tanto ante mecanismos judiciales (TEDH) como no judiciales (Comité de Derechos Humanos) que, en cualquier caso, han sido creados por los Estados, y en este sentido, son también estatales.

Por ello, con la finalidad de cumplir con sus responsabilidades será necesario que las empresas respondan por las acciones tomadas, ya sea en forma de sanción o de corrección, permitiendo así una reparación adecuada. En este sentido, el Principio 22 expone que:

“si la empresa determina que ha provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas deberá repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos”.

Para hacer frente a este compromiso los Principios Rectores quieren impulsar la creación de mecanismos no judiciales propios de las empresas que tengan como finalidad esa reparación³⁵². Este aspecto es, seguramente, uno de los más vagos en el ámbito de la RSE, además del más complejo puesto que, según J. Ruggie:

“En determinadas situaciones, en especial si se ha cometido un delito, es preciso cooperar con los mecanismos judiciales”³⁵³.

Si bien, este último aspecto podría recalcar de nuevo dentro del ámbito de la RSE, ya que se estaría hablando de mecanismos voluntarios con los que las empresas estarían contribuyendo a una reparación eficaz de aquellas personas que pudieran haberse visto perjudicadas en el disfrute de sus derechos humanos debido a la conducta de una empresa.

Por lo tanto, J. Ruggie auspició que los perjudicados, sin necesidad de haber explorado vías de recurso estatales (judiciales o extrajudiciales) pudieran también “dirigirse directamente a la empresa para evaluar los daños y solicitar su reparación”³⁵⁴, al margen de que las conductas a reparar pudieran también suscitar la responsabilidad penal de las empresas o de los agentes de la misma, o fueran susceptibles de dar lugar a reclamaciones judiciales o extrajudiciales estatales de otro tipo, como las laborales o penales. Desde la visión de esta investigación, es precisamente en este ámbito concreto donde se podrían enmarcar los instrumentos de RSE desarrollados por las propias empresas. Aunque ha pasado desapercibido en la doctrina, son mencionados explícitamente en el Principio Operativo 30 que se

³⁵² Principio 28, Oficina del Alto Comisionado, *Principios Rectores sobre las Empresas...op. cit.*, p. 38.

³⁵³ Comentario al Principio Operativo 22, *Ibidem*, pp. 28-29.

³⁵⁴ Comentario al Principio 29, Oficina del Alto Comisionado, *Principios Rectores sobre las Empresas...op. cit.*, p. 38.

reproduce en su literalidad:

“Las corporaciones industriales, las colectividades de múltiples partes interesadas y otras iniciativas de colaboración basadas en el respeto de las normas relativas a los derechos humanos deben garantizar la disponibilidad de mecanismos de reclamación eficaces.

Comentario

Las normas relativas a los derechos humanos se reflejan cada vez más en los compromisos asumidos por las corporaciones industriales, las colectividades de múltiples partes interesadas y otras iniciativas de colaboración, en forma de códigos de conducta, normas de funcionamiento, acuerdos marco mundiales entre sindicatos y empresas transnacionales y otros similares.

Estas iniciativas de colaboración deben garantizar la disponibilidad de mecanismos eficaces para que las partes afectadas o sus representantes legítimos planteen sus inquietudes cuando consideren que se han incumplido los compromisos en cuestión. La legitimidad de este tipo de iniciativas puede verse en entredicho si no se establecen esos mecanismos.

Los mecanismos pueden establecerse al nivel de los miembros individuales, de la iniciativa de colaboración, o de ambos. Estos mecanismos deben fomentar la rendición de cuentas y contribuir a reparar las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos.”

Además, el Principio Operativo 31 fija el estándar de calidad de cualquiera de estos mecanismos, que han de ser: a) legítimos; b) accesibles; c) predecibles; d) equitativos; e) transparentes; f) compatibles con los derechos; f) una fuente de aprendizaje continuo; f) y participativos.

3. Relevancia jurídica de la RSE en el Derecho actual

En la definición de la RSE presentada en este estudio, se ha hecho hincapié en qué su impulso por parte de las empresas es voluntario. Sin embargo, como se ha adelantado, la voluntariedad de los compromisos metajurídicos asumidos por cualquier empresa puede suscitar la emergencia de derechos o deberes accesorios jurídicamente exigibles relativamente precisos. Asimismo, poco a poco las cuestiones

relativas a la RSE están siendo incorporadas en los marcos normativos, tanto en el plano nacional, regional como internacional³⁵⁵. Por lo tanto, aún queda abordar en este capítulo un último aspecto: los efectos jurídicos accesorios que se pueden desprender de las políticas de RSE que adoptan las empresas, así como la tendencia a positivizar la RSE en los marcos normativos³⁵⁶. A través de la presente investigación, se han identificado cinco ámbitos en particular:

- Contratación y subvenciones públicas.
- Debida diligencia en materia de derechos humanos.
- Protección de los derechos e intereses de los consumidores, inversores, accionistas y otros frente a las prácticas desleales.
- Divulgación de información no financiera.
- Tratados de inversión bilaterales.

3.1 Contratación y subvenciones públicas

En los últimos años, se han producido importantes cambios normativos y jurisprudenciales, tanto a nivel europeo como estatal, que revelan una tendencia firme hacia la incorporación en la contratación pública de criterios o estándares de responsabilidad social por distintas vías. Lo más interesante de esta evolución es que marcadores de RSE esencialmente voluntarios se transforman con la acción del legislador (como había sucedido previamente con otros estándares técnicos o de calidad como la ISO 9001 o la ISO 14001) en condiciones o requisitos incorporados por los órganos de contratación pública en las licitaciones.

En el marco europeo, esta tendencia se vio impulsada por la Comisión Europea a través de la publicación en 2001 de la “Comunicación interpretativa sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos”³⁵⁷. A través de esta Comunicación, la Comisión detallaba las posibilidades que ofrecía la normativa comunitaria aplicable a la contratación pública con el fin de esclarecer cuestiones clave para una integración

³⁵⁵ Sobre este aspecto véase también el impacto del EITI en los marcos normativos de los países implementadores, Capítulo 4.

³⁵⁶ Véase una primera aproximación a esta idea en J. Lux, S. Skadengaard Thorsen y A. Meisling, “The European initiatives” en R. Mullerat (ed.), *Corporate social responsibility: The corporate governance of the 21st century*, Kluwer Law International, 2011, pp. 279–298.

³⁵⁷ Véase la *Comunicación interpretativa sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, COM (2001) 566 final, DOCE, C 333/27, 28.11.2001. Esta orientación venía de lejos, puede consultarse al respecto el Libro Verde titulado *La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro*, Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, pp. 43-46.

óptima de los aspectos sociales. Con posterioridad, en 2010, la propia Comisión, publicó una guía titulada “Adquisiciones sociales”, la cual consideraba aspectos sociales en las contrataciones públicas³⁵⁸.

En ambos documentos la Comisión señaló la posibilidad de integrar consideraciones sociales en la contratación pública respetando al mismo tiempo el marco jurídico vigente de la UE, en especial, las reglas que hacían referencia a la no discriminación, la igualdad de trato y la transparencia en los procesos de contratación pública, inclusive el principio de adjudicación de los contratos a la mejor oferta económica³⁵⁹. En este sentido, la Guía añadía, de manera exhaustiva, menciones a la jurisprudencia del TJUE en la que se explicaba en qué condiciones se consideran válidos los criterios de responsabilidad social que se incorporan en las fases de la contratación pública. Es decir, ya sea en la fase de preparación (objeto del contrato; prohibición de contratar; solvencia técnica; contratos reservados), en la fase de adjudicación (criterios de adjudicación; criterios de preferencia) o en la fase de ejecución (condiciones de ejecución). Finalmente, esta tendencia a configurar la contratación pública como instrumento para implementar políticas públicas que realcen los aspectos sociales y medioambientales se vio reforzada con la publicación de la “Estrategia Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrado”³⁶⁰.

Pero ¿qué debe entenderse por contratación pública socialmente responsable? La citada Guía la define literalmente como “las operaciones de contratación que tienen

³⁵⁸ Comisión Europea, *Adquisiciones sociales Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*, 2010, pp. 7-9. Publicación financiada en el marco del Programa de la Unión Europea para el Empleo y la Solidaridad Social (2007-2013). El programa está gestionado por la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea.

³⁵⁹ La posibilidad de insertar aspectos sociales en la contratación ya se recogió más limitadamente en la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y en la Directiva 2004/17/CE, para los sectores especiales (ambas directivas derogadas). Asimismo, otras entidades públicas han publicado sus propias guías de esta naturaleza, así véase por ejemplo *Guía práctica para la inclusión de la Responsabilidad Social en la contratación y en subvenciones de la Generalitat y su sector público*, Generalitat Valenciana, 2016, Diario oficial de la Generalidad Valenciana núm. 7852 de 17.08.2016 y en el Diario oficial de la Generalidad Valenciana núm. 7864 de 02.09.2016 de corrección de errores. Véase también, Ayuntamiento de Madrid, *Instrucción 1/2016 relativa a la incorporación de cláusulas sociales en los contratos celebrados por el Ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y entidades del sector público municipal*, aprobada el 19 de enero de 2016; Ayuntamiento de Castellón, *Instrucción para la inclusión de criterios sociales en la contratación pública del Ayuntamiento de Castellón*, aprobada el 18 de mayo de 2012; Diputación de Córdoba, Delegación de Medio Ambiente y Promoción Agropecuaria, *Guía Práctica para el desarrollo de la Contratación Pública Sostenible. Sostenibilidad en las compras y contrataciones públicas paso a paso*; Gobierno Vasco, Santiago Lesmes Zabalegui y Leire Alvarez de Eulate Bada, *Guía de Contratación Pública Socialmente Responsable, 2016*; Gobierno de Navarra, Santiago Lesmes Zabalegui, *Guía para incorporar la perspectiva de género en las subvenciones y los contratos públicos*; Generalitat de Catalunya, Departament de Economia y Finanzas. Junta Consultiva de Contratación Administrativa, *Guía para la inclusión de cláusulas contractuales de carácter social*, 2010, (versión revisada 2014); Ayuntamiento de Barcelona, *Guía de contratación pública social*, 2016; Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Dirección General para la Igualdad de Oportunidades, Instituto de la Mujer, *Guía para la incorporación de cláusulas de género en las convocatorias de subvenciones de I+D+i*, 2014.

³⁶⁰ Comisión Europea, *Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM (2010) 2020 final, 2010.

en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento con los derechos sociales y laborales, inclusión social, igualdad de oportunidades, diseño de accesibilidad para todos, así como la consideración de los criterios de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético y un cumplimiento voluntario más amplio de la Responsabilidad Social Empresarial, a la vez que se respetan los principios consagrados en el tratado de la Unión Europea y las Directivas de contratación”. Si uno atiende a la anterior definición podría decirse que esta hace referencia precisamente a los aspectos básicos de la RSE, es decir, a la integración de las preocupaciones sociales y medioambientales en las operaciones comerciales y las relaciones con los interlocutores³⁶¹.

Esta aproximación más sensible a cuestiones de orden social en la contratación pública acabó por asentarse a través de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratación pública adoptada el 26 de febrero de 2014³⁶², que sustituyó a la Directiva 2004/18/CE sobre contratación pública, y sobre la que se proyectaba la citada Guía³⁶³. En particular, la propia motivación de la Directiva 2014/24 ya indica expresamente que esta se adopta:

“a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes”.

³⁶¹ *Vide supra*, 1.3.1 Voluntariedad v. obligatoriedad: una paradoja remediable.

³⁶² Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea núm. 94, de 28 de marzo de 2014, páginas 65 a 242.

³⁶³ Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Publicado en Diario Oficial de la Unión Europea núm. 134, de 30 de abril de 2004, páginas 114 a 240. Para más información sobre estas Directivas y sobre la evolución de la inclusión en los principios de la contratación del cumplimiento de las obligaciones sociales, laborales y medioambientales y cómo estas son entendidas como una herramienta estratégica para fomentar el cumplimiento ambiental y social pretendido, véase, entre otros: Román Márquez, Alejandro, “Tutela y promoción de los derechos sociales y laborales por las directivas europeas sobre contratación pública de cuarta generación: su incorporación al ordenamiento jurídico español” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46 núm. 2, 2019, pp. 477-500; Dopazo Fraguío, M^a Pilar, “XXI. Contratación pública y prevención de daños ambientales: hacia una regulación global e integradora” en *Actualidad Jurídica Ambiental* núm. 102/2, Congreso Nacional de Derecho Ambiental, junio 2020, pp. 538-552; Tornos Mas, Joaquín, “Contratación pública y derechos humanos” en *Revista Digital de Derecho Administrativo* núm.24, 2020, pp. 11-41; Burzaco Samper, M. “Contrataciones públicas socialmente responsables: la necesidad de reconsiderar el potencial de la contratación pública en la consecución de objetivos sociales”, en *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, CIRIEC-España, núm. 86, 2016, pp. 281-310; Foy Valencia, Pierre, “Consideraciones sobre la contratación pública sostenible (“verde”)” en *Derecho PUCP*, núm. 66, 2011, pp.- 335-350; Gallego Córcoles, Isabel, La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública” en Proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y Competitividad titulado: *La nueva regulación de la contratación pública: Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos*, DER2015-67102-C2-1-P, 2017, pp. 93-113.

Tras el análisis del citado texto, se observa una significativa integración de cuestiones relativas a la RSE a lo largo de todo el texto normativo³⁶⁴. De este modo, la idea básica que se pretende exponer aquí es la tendencia hacia el reconocimiento de los efectos jurídicos de la RSE en el ámbito de la contratación pública.

En este sentido, por ejemplo, es destacable cómo se premia normativamente la RSE al ofrecer ventajas jurídicas a las empresas con planes de RSE en el art. 67.2 relativo a los criterios de adjudicación:

“2. La oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate.”

Se observa así que la “oferta económicamente más ventajosa” se evalúa de modo complejo y puede incorporar aspectos cualitativos de responsabilidad medioambiental, social o ética vinculados al objeto del contrato público de que se trate³⁶⁵.

A modo de ejemplo, obviamente, toda esta regulación, la jurisprudencia de la UE en la materia, y la propia interpretación autorizada de los criterios para una Compra Pública Socialmente Responsable efectuada por la Comisión, ha tenido impacto en la normativa española general y autonómica. En este sentido, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP, Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre)³⁶⁶ podría interpretarse como un primer paso hacia el cumplimiento de la Directiva de contratación pública, al permitir en la definición del objeto del

³⁶⁴ En este sentido, se destaca la inclusión de aspectos relacionados con la RSE en los fundamentos 88, 92, 93, 97, 98, 99, 104, 105, así como en su parte dispositiva en los artículos. 18, 20, 42, 43, 56, 57, 62, 67, 69, 70, 71, 76 y 77.

³⁶⁵ Véase al respecto la Sentencia Noord-Holland de 15 de diciembre 2015, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta); Gebroeders Beentjes BV contra el Estado de los Países Bajos de 20 de septiembre de 1988 (Asunto 31/87), Sentencia del Tribunal de Justicia, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa (Asunto C-225/98) de 26 de septiembre de 2000; Sentencia del Tribunal de Justicia, Concordia Bus Finland (Asunto C-513/99) 17 de septiembre de 2002; Sentencia del Tribunal de Justicia, EVN AG Wienstrom (Asunto C-448/01) de 4 de diciembre de 2003; o la Sentencia del Tribunal de Justicia, Evans Medical Ltd y Marcfarlan Smith Ltd (Asunto C-324/93) de 28 de marzo de 1995. En España véase la Sentencia del Tribunal Supremo, Contencioso-Administrativo, Sala 3ª, Nº de Recurso: 5377/2009, de 17 de julio de 2012.

³⁶⁶ Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la *Ley de Contratos del Sector Público*, BOE nº 276, de 16 de noviembre de 2011, páginas 117729 a 117914.

contrato público la inclusión de “cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés general, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración”. Además, en particular, el artículo 118.1 del TRLCSP determinaba la siguiente previsión en relación con las condiciones especiales de ejecución del contrato:

“1.- Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo”³⁶⁷.

Por su parte, algunas comunidades autónomas también han legislado al respecto, como es el caso de Cataluña. La Generalitat de Catalunya transpuso las directivas 2014/23 / UE y 2014/24 / UE sobre concesiones y contratación, en el año 2016, mediante el Decreto ley 3/2016³⁶⁸, y en el año 2017, mediante el artículo 159 de la

³⁶⁷ De la misma ley véase también el art. 150 sobre *Criterios de valoración de las ofertas*, o la *Disposición adicional cuarta* sobre personas con discapacidad.

³⁶⁸ El Decreto Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública, ha quedado derogado con la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, BOE núm. 292, de 3 de diciembre de 2016, de Contratos del Sector Público (LCSP) en la mayor parte de sus disposiciones, a excepción del artículo 8, relativo a las medidas de gestión eficiente en la tramitación, que se configuran como una forma de tramitación del procedimiento abierto y no quedan sustituidas por el procedimiento abierto simplificado del artículo 159 de la citada Ley. El artículo 159 de la Ley 5/2017, de 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público, establece en el ámbito de la Administración de la Generalitat y de su sector público medidas para promover la libre concurrencia y la publicidad contractual y para fomentar la ética y la responsabilidad social, sobre la base de los principios establecidos por las directivas de contratación y concesiones y de acuerdo con la legislación catalana en materia de transparencia. El artículo 159 de la Ley 5/2017, de 28 de marzo, no se ha visto afectado por la entrada en vigor de la LCSP, y sigue siendo aplicable. También el Gobierno de Aragón, estando pendiente la transposición de la Directiva 2014/24/UE, adoptó la Orden HAP/522/2017, de 7 de abril, por la que se da publicidad al Acuerdo de 28 de marzo de 2017, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas para el uso estratégico de los contratos públicos en apoyo de objetivos sociales comunes y la reducción del déficit de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Ley 5/2017³⁶⁹. El artículo 159 de la Ley 5/2017, de 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público, establece en el ámbito de la Administración de la Generalitat y de su sector público “medidas para promover la libre concurrencia y la publicidad contractual y para fomentar la ética y la responsabilidad social, sobre la base de los principios establecidos por las directivas de contratación y concesiones y de acuerdo con la legislación catalana en materia de transparencia”. Este artículo no se ha visto afectado por la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), y sigue siendo aplicable.

En la misma línea, la Ley 7/2014, de 13 de noviembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad en Castilla-La Mancha³⁷⁰, titula su artículo 51 “Cláusulas de responsabilidad social en la contratación pública” y reza lo siguiente³⁷¹:

“En el marco de la legislación europea y española en materia de contratación pública, las administraciones y entidades públicas de Castilla-La Mancha impulsarán la adopción de cláusulas de responsabilidad social en la contratación pública, como medio de contribuir a la finalidad social de promover la inclusión laboral de personas con discapacidad”³⁷².

³⁶⁹ Ley 5/2017, de 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público y de creación y regulación de los impuestos sobre grandes establecimientos comerciales, sobre estancias en establecimientos turísticos, sobre elementos radiotóxicos, sobre bebidas azucaradas envasadas y sobre emisiones de dióxido de carbono, Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, 7340, 2017.

³⁷⁰ Ley 7/2014, de 13 de noviembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad en Castilla-La Mancha, Diario Oficial de Castilla-La Mancha núm. 233 de 02 de diciembre de 2014.

³⁷¹ También es el caso de la Comunitat Valenciana que a través de la Ley 18/2018, de 13 de julio, de la Generalitat, para el fomento de la responsabilidad social, Diario oficial de la Generalidad Valenciana núm. 8339, 2018, en su artículo 12 establece que “1. Las administraciones públicas usarán la contratación pública como instrumento estratégico para incorporar en los pliegos de contratación criterios sociales, ambientales, éticos, de transparencia y los derivados de otras políticas públicas, en el marco de la normativa básica estatal en materia de contratos públicos, así como también, entre otras, Extremadura, que a través de la Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable de Extremadura, BOE núm. 35, de 9 de febrero de 2019, determina que la ley tiene por objeto “el desarrollo legislativo de la normativa básica de contratos del Estado con relación a la regulación de la organización y especificidades procedimentales relativas al régimen jurídico de la contratación, así como la promoción y el fomento, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura, del desarrollo de acciones y políticas socialmente responsables en materia de contratación en las Administraciones públicas, mediante la incorporación de cláusulas de carácter social, de igualdad entre hombres y mujeres, medioambientales y relativas a otras políticas públicas en las contrataciones que licite el sector público autonómico”. También es el caso de Madrid, véase por ejemplo el Acuerdo de 3 de mayo de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la reserva de contratos públicos a favor de ciertas entidades de la economía social y se impulsa la utilización de cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública de la Comunidad de Madrid. En particular, en su artículo 1 determina: “1. El presente Acuerdo tiene por objeto establecer porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos, o lotes de los mismos, a favor de los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y de las Empresas de Inserción, y la reserva de contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud, en favor de determinadas organizaciones, así como la incorporación de cláusulas sociales y ambientales, en los procedimientos de licitación pública, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de contratos del sector público”.

³⁷² De la misma ley véase también el art. 50 y 52. Son también relevantes el *Acuerdo de 27 de marzo de 2015, del Consell por el que se establecen directrices para la aplicación de cláusulas de carácter social en la contratación de la Administración de la Generalitat y su sector público*, así como en materia de subvenciones de la Administración de la Generalitat; el *Acuerdo de 29 de abril de 2011, del Consell por el que se impulsan medidas de ahorro energético y utilización racional de los recursos en la gestión de la administración de la Generalitat*.

Con posteridad, y para dar cumplimiento a las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, se publicó la citada Ley 9/2017, (LCSP), derogando el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la misma.

La LCSP robustece la importancia de las consideraciones sociales y medioambientales en los contratos públicos³⁷³. Así, los órganos de contratación podrán establecer estos aspectos, como criterios de adjudicación cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio, así como hasta ahora, como condiciones especiales de ejecución siempre que estén vinculadas con el objeto del contrato, no sean discriminatorias, sean compatibles con el Derecho de la Unión y se prevean en los pliegos o en el anuncio de licitación. El criterio novedoso en el ámbito de las condiciones especiales de ejecución es que la LCSP obliga al órgano de contratación a que el pliego establezca al menos una condición especial de tipo ambiental, social o laboral de las que se recogen en el artículo 202. Su incumplimiento es susceptible de penalización. Además, la LCSP establece como nuevas causas de resolución de los contratos el impago de los salarios de los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato o el incumplimiento de las condiciones establecidas en el convenio colectivo.

Esta tendencia a dotar de efectos jurídicos no es exclusiva del ámbito de la UE. Así, el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas de la ONU, encargado de dar seguimiento a los Principios Rectores (2011) en su informe sobre la “Consulta regional para América Latina y el Caribe: Políticas públicas para la implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresa y Derechos Humanos, en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”³⁷⁴, atestigua la necesidad de dar una mayor eficacia a los Principios Rectores a través de Planes Nacionales de Acción en materia Derechos Humanos. El informe en su apartado C se refiere literalmente al

³⁷³ La tipología de cláusulas es amplia a modo de ejemplo pueden considerarse cláusulas relativas a: la estabilidad laboral y de calidad en el empleo; la no discriminación; la inserción laboral, la compra pública ética; la transparencia fiscal; el medio ambiente; la accesibilidad, etc.

³⁷⁴ Asamblea General, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas sobre la Consulta regional para América Latina y el Caribe: Políticas públicas para la implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Doc. ONU, A/HRC/32/45/Add.4, de 9 de junio de 2016. En el evento participaron representantes de la OCDE, Mercosur, Organización de los Estados Americanos (OEA), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Red Interamericana de Compras Públicas, las asociaciones más importantes de empresas latinoamericanas, GRI, así como los gobiernos de Brasil, Chile, Colombia, Méjico, Noruega, Holanda, Suecia, Suiza y los Estados Unidos de América.

“Estado como el impulsor o dinamizador para liderar con el ejemplo la implementación de los Principios Rectores a través de su rol como actor económico”, e indica que:

“Las compras públicas representan un muy alto porcentaje del PIB de los países de la Región. Los estados tienen la obligación, de acuerdo con los principios 5 y 6 bajo el Pilar 1 de los Principios Rectores, de cumplir sus obligaciones internacionales de derechos humanos cuando contratan los servicios de empresas y promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas con las que lleven a cabo transacciones comerciales. Es relevante hacer visible la Red Interamericana de Compras Públicas con el fin de aprender de las buenas y malas experiencias para que la contratación pública se convierta en un instrumento efectivo para la aplicación de la agenda de respeto de los derechos humanos, de acuerdo con los Principios Rectores”³⁷⁵.

Finalmente, en el contexto de la contratación pública, y en relación con los derechos humanos en particular, en virtud del objeto de esta tesis, se ha considerado destacable la “Guía para la protección y la promoción de los derechos humanos en la contratación pública”³⁷⁶.

Esta Guía, fundamentada en la Directiva 24/2014 / UE y la LCSP, ha sido desarrollada para ofrecer a las administraciones catalanas una guía de contratación responsable que incluye recomendaciones y propuestas para promover la contratación y compra públicas con criterios éticos que promuevan el respeto a los derechos humanos. Provee así, de un marco legal, así como también de posibles cláusulas para aplicar en todas las fases del proceso de contratación pública³⁷⁷ y ejemplos específicos de iniciativas en ejecución. Las cláusulas propuestas por esta Guía tienen como fundamento principal “la generación de mecanismos disuasorios a la hora de contratar empresas que hayan cometido vulneraciones a lo largo de la producción o de la cadena

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 14.

³⁷⁶ La Guía para la protección y promoción de los derechos humanos en la contratación pública, ha sido impulsada por las organizaciones Novact, Servei Civil Internacional y Nexes, 2017. Si bien existen un gran número de guías sobre compra pública responsable, se ha querido resaltar esta Guía en tanto se centra de forma específica en los derechos humanos.

³⁷⁷ i) Fase de preparación. Definición de condiciones especiales de contratación; ii) - Fase de selección. Criterios de solvencia y admisión; iii) Fase de adjudicación. Valoración de las ofertas de las empresas licitadoras; i iv) Fase de ejecución. Condiciones de ejecución, sanción y resolución

de suministro de sus productos o servicios”.

Por otro lado, el otro ámbito de valorización jurídica de la RSE que se ha observado en la práctica española es la normativa de concesión de subvenciones públicas a empresas. Se ha percibido que se están introduciendo cláusulas de responsabilidad social en las convocatorias de concesión de subvenciones, aunque, con menos reservas que las que existen para las contrataciones públicas, puesto que no rigen los criterios restrictivos propios de la contratación pública (es decir mejor oferta económica, no discriminación, libre concurrencia, etc.). Las subvenciones, según el artículo 2 de la Ley General de Subvenciones 38/2003 de 17 de noviembre³⁷⁸ (LGS), son disposiciones dinerarias que se conceden para el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social, lo que las vuelve siempre más sensibles a la consideración de la RSE.

En este sentido, la LGS permitiría también la incorporación del vector de la RSE según el redactado regulador de:

- Los criterios de concesión (art. 17).
- Los criterios de ejecución de la obligación (art. 14.1).
- Y, aunque de un modo limitado: los requisitos para concurrir como beneficiarios (art. 13.1) y los criterios de exclusión o prohibición para ser beneficiario (art. 13.2).

La práctica al respecto es variada, a título de ejemplo se recoge la Orden 8/2015 de 3 de diciembre de la Consejería de Agricultura de la Comunidad de Valencia, relativa a las bases reguladora y la convocatoria de ayudas destinadas a reparar los efectos producidos por la sequía en el cultivo del almendro para los ejercicios 2015 y 2016, la cual recogía en su artículo 7 que:

“En el caso de igualdad entre solicitudes, se atenderán en primer lugar a los solicitantes que acrediten que ocupaban, con anterioridad a la publicación de esta orden, un mayor porcentaje de trabajadores discapacitados en relación con sus respectivas plantillas, o que se comprometían a contratar un porcentaje mayor de trabajadores discapacitados durante el ámbito temporal de la subvención o que acrediten un incremento en las cuotas previstas en la

³⁷⁸ Ley General de Subvenciones 38/2003 de 17 de noviembre, BOE núm. 276, de 18 de noviembre de 2003.

normativa vigente para las medidas alternativas a la contratación de trabajadores discapacitados, de acuerdo con el Decreto 279/2004, de 17 de diciembre, del Consell de la Generalitat. Si persiste el empate en la ordenación anterior, tendrán prioridad los expedientes con fecha de registro de entrada anterior..."³⁷⁹.

Expuesto lo anterior, se está mostrando como poco a poco la Administración Pública está empezando a convertirse en promotora y guía de referencia en las esferas que abarcan su responsabilidad. Por lo tanto, habría comenzado a actuar como vector para provocar el cambio hacia la RSE. Ya en 2002, Fox, T., Ward, H., Howard, B., en un estudio del Banco Mundial establecerían que las iniciativas públicas en RSE podían clasificarse en cuatro roles diferenciados, a saber; i) Regulador: ya que definirían estándares mínimos de la actuación empresarial dentro del marco legal; ii) Facilitador: al promover la implicación de actores clave en la RSE (a través de formación en RSE, comunicación, difusión de información, desarrollo de códigos); iii) Colaborador: habida cuenta de que los acuerdos estratégicos pueden combinar habilidades y recursos complementarios de los sectores públicos y privado, y de la sociedad civil para afrontar las cuestiones de la agenda de RSE; y iv) Promotor de la RSE: en tanto ofrecen respaldo público de las iniciativas puestas en práctica, por ejemplo a través, como se ha expuesto anteriormente, de la integración de aspectos sociales y ambientales en la contratación pública³⁸⁰.

³⁷⁹ ORDEN 8/2015, de 3 de diciembre, de la Conselleria de Agricultura, Medio Ambiente, Cambio Climático y Desarrollo Rural, por la que se establecen las bases reguladoras y la convocatoria de ayudas destinadas a reparar los efectos producidos por la sequía en el cultivo del almendro en el ámbito de la Comunitat Valenciana para los ejercicios 2015 y 2016, Diario oficial de la Generalidad Valenciana núm. 7679 de 16 de diciembre de 2015. Así también, por ejemplo, la Diputación Foral de Gipuzkoa determina la incorporación de cláusulas sociales relacionadas con la igualdad de mujeres y hombres en los contratos públicos, así como también en las subvenciones públicas (véase Lesmes Zabalegui, S., *Guía para la incorporación de cláusulas sociales relacionadas con la igualdad de mujeres y hombres en los contratos públicos y en las subvenciones públicas de la Diputación Foral de Gipuzkoa*, Diputación Foral de Gipuzkoa, 2011); 030616 Decreto joven. Concesión directa de subvenciones para la cualificación y la inserción de personas desempleadas en el mercado laboral, Castilla la Mancha, 2020; Bases reguladoras específicas de la Concejalía de Igualdad para la concesión de subvenciones a entidades sin ánimo de lucro para la realización de programas y/o actividades de promoción de las mujeres en el año 2018, Concello de Vigo; Real Decreto 905/2020, de 13 de octubre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones en el ámbito de la transición ecológica financiadas con cargo a la cuota íntegra del Impuesto de Sociedades; Comunidad de Aragón: ORDEN EPE/626/2020, de 6 de julio, por la que se convocan para el año 2020 las subvenciones reguladas en la Orden EIE/1426/2016, de 3 de octubre, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones complementarias para favorecer la estabilidad en el empleo de los trabajadores con discapacidad severa que presentan especiales dificultades de inserción que mantengan una relación laboral de carácter especial en el ámbito de los centros especiales de empleo, etc.)

³⁸⁰ Fox, T.; Ward, H.; Howard, B., *Public Sector Roles in Strengthening Corporate Social Responsibility: A Baseline Study*, The World Bank, 2002.

3.2 Impulso legislativo para la incorporación de la debida diligencia en materia de derechos humanos

Como se sabe, los Principios Rectores establecen expresamente que las empresas operen con la debida diligencia para que sus actividades no provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos³⁸¹. En este sentido, recientemente, varios países europeos, así como la UE, han adoptado o empezado a considerar la necesidad de integrar elementos de la diligencia debida en materia de derechos humanos en los marcos normativos. Las instituciones europeas, los organismos de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales también ya han reconocido esa necesidad de establecer una regulación vinculante para promover la implementación de los derechos humanos y mejorar así el acceso a la justicia para las víctimas de abusos de derechos humanos relacionados con las empresas. Una tendencia que posiblemente se encuentre justificada ante la evidencia que las empresas parece que no se están dotando de sistemas efectivos dirigidos a evitar o minimizar los impactos adversos sobre los derechos humanos³⁸².

Dentro de esta evolución normativa, en el plano legislativo nacional se destacan los siguientes ejemplos más notorios en el momento de redactar esta tesis³⁸³:

- Francia

La Ley francesa 2017-399 relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales (2017)³⁸⁴, obliga a las empresas matrices francesas a controlar a sus

³⁸¹ *Vide supra*, 2 Responsabilidad social empresarial y los principios rectores de las naciones unidas sobre empresa y derechos humanos.

³⁸² *Vide infra*, 3.4.1 Los derechos humanos en los informes de estado de información no financiera.

³⁸³ También se espera que a finales del 2020 el electorado suizo vote sobre la iniciativa popular "Por empresas responsables: protección de los derechos humanos y el medio ambiente". Véase: The Federal Council. The Portal of the Swiss government. Disponible en: <https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/votes/20201129/iniziativa-popolare-per-impres-responsabili-a-tutela-dell-essere-umano-e-dell-ambiente.html>. Recuperado en octubre de 2021. En Finlandia actualmente no existen planes para introducir legislación relativa a la debida diligencia. En este sentido, ciudadanos, organizaciones de la sociedad civil, empresas y sindicatos juntamente con Finnwatch, una organización que promueve la responsabilidad empresarial ha lanzado la campana # Ykkösketjuun. Esta reclama la promulgación de una ley sobre la debida diligencia obligatoria en materia de derechos humanos. Véase: #YKKÖSKETJUUN-CAMPAIGN. Disponible en: <https://ykkosketjuun.fi/en/>. Recuperado en octubre de 2021. Asimismo, el Parlamento Danés también ha solicitado al Gobierno que presente un proyecto de ley que obligue a las grandes empresas danesas, así como a las pequeñas y medianas empresas en sectores especialmente de alto riesgo a ejercer la debida diligencia en materia de derechos humanos. Business & Human Rights Resource Centre: Article: *Proposal for a parliamentary decision on mandatory human rights due diligence*, enero 2019. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/proposal-for-a-parliamentary-decision-on-mandatory-human-rights-due-diligence/>. Recuperado en octubre de 2021. Siguiendo con estos ejemplos también Alemania ha puesto sobre la mesa la necesidad de promulgar una ley que garantice el cumplimiento corporativo de las normas ambientales y de derechos humanos y por ello presentó sus planes para aprobar una ley de diligencia debida. Véase: Clifford Chance: Germany's Due Diligence Act, julio 2020. Disponible en: <https://www.cliffordchance.com/home.html>. Recuperado en octubre de 2020. Finalmente, se destacan las normas para que las empresas respeten los derechos humanos y el medio ambiente en las cadenas de suministro mundiales adoptada por la Comisión Europea. Para más información véase: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_1145. Recuperado en marzo de 2022.

³⁸⁴ *Law num. 2017-399* from 27 March 2017 concerning the duty of vigilance of parent companies and ordering companies

filiales en el extranjero y a desarrollar mecanismos de debida diligencia para que sus filiales, proveedores y subcontratistas respeten los derechos humanos. En caso de incumplimiento de dichas disposiciones, la empresa matriz domiciliada en Francia podrá incurrir en responsabilidad administrativa o civil y puede ser directamente demandada para exigirle una responsabilidad directa por los actos de sus filiales.

- Reino Unido

La cláusula de Transparencia en las Cadenas de Suministro incluida en la Ley de Esclavitud Moderna (2015)³⁸⁵ requiere que las empresas domiciliadas o que realicen negocios en el Reino Unido divulguen los pasos emprendidos (incluidas las medidas de diligencia debida) para garantizar que la esclavitud o la trata de personas no se lleve a cabo en sus cadenas de suministro.

- Italia

El Decreto Legislativo sobre la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas (2001)³⁸⁶ introduce la responsabilidad penal corporativa por delitos cometidos en beneficio de la empresa, incluidas las violaciones de derechos humanos. Para evitar la responsabilidad, las empresas deberán demostrar que implementaron programas de cumplimiento antes de la comisión del delito. Por lo tanto, para que la empresa pueda quedar exenta de responsabilidad, deberá demostrar a) que los individuos en cuestión cometieron el delito en su propio nombre y no en nombre de la empresa y b) que la empresa ha adoptado medidas internas de cumplimiento adecuadas, efectivas y específicas. Esta disposición ha sensibilizado a las empresas sobre la idea de prevenir los delitos contra los derechos humanos, de conformidad con los procedimientos de debida diligencia en materia de derechos humanos.

- Holanda

La Dutch Child Labour Due Diligence Law (2016)³⁸⁷, es una ley específica sobre la debida diligencia en materia de trabajo infantil que impone obligaciones a las empresas y sus cadenas de suministro para prevenir el trabajo infantil, cuando los

³⁸⁵ *Modern Slavery Act 2015*, Provision 54, Transparency in Supply Chains.

³⁸⁶ *Legislative Decree No. 231/2001* for Administrative Criminal Liability.

³⁸⁷ *Netherlands Kamerstukken I. Dutch Child Labour Due Diligence Law*, 2016/17, 34 506, A.

productos que se originen por estas vayan a estar a disposición de los consumidores holandeses.

- España

En 2010 se llevó a cabo una reforma de Código Penal Español³⁸⁸ a través de la cual se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Años más tarde, en 2015, una nueva reforma añadió los supuestos en los que la persona jurídica podría quedar exenta de responsabilidad (esta podrá quedar exenta de responsabilidad si se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 31 bis 2, 3 y 4 del Código Penal). En este caso, la ley española no requiere de manera específica la realización de un proceso de debida diligencia, sin embargo, la exención se relaciona precisamente con el desarrollo de medidas de vigilancia y control. Como consecuencia, las empresas han empezado a desarrollar unos programas para garantizar el cumplimiento (programa de compliance)³⁸⁹, en el que la diligencia debida es considerada como elemento clave³⁹⁰. Teniendo en cuenta la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y reconociendo que la jurisdicción española puede “conocer los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho” (artículo 23.2 de la Ley Orgánica

³⁸⁸ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015. Artículo 31 bis: 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

³⁸⁹ Si bien es cierto que la prevención de delitos es una parte fundamental y decisiva de la función de *compliance*, no debe entenderse que el contenido de estos programas se reduce a este ámbito. Por un lado, desde la visión del cumplimiento legal, lo cierto es que el programa también podrá hacer referencia al cumplimiento de cualesquiera otras leyes, como por ejemplo la protección de datos de carácter personal. Por otro lado, teniendo en cuenta una visión organizativa y de riesgos en la empresa, el programa podrá gestionar también los impactos del negocio desde una perspectiva social, económica y ambiental. En este sentido, esta perspectiva podría permitir la inclusión de medidas preventivas y de control sobre conductas ya tipificadas (como el delito a la integridad moral, art. 173 y siguientes del Código Penal) u otras no tipificadas penalmente pero que van en contra de las normas de la sociedad. Así, la Circular 1/2016, sugiere que estos Programas “no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial” (Circular 1/2016, sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, p. 20. Por lo tanto, la ética debería establecerse como el complemento necesario para que el *compliance* sea efectivo. La RSE ayudaría a asentar el tono ético y el respeto por la legalidad de acuerdo con al principio de integridad, al tiempo que el cumplimiento normativo permitiría que las instrucciones de responsabilidad no pierdan su dimensión práctica en ausencia de estructuras que velen por su ejecución. A pesar de esta complementariedad, se ha sostenido que el *compliance* sería un instrumento de la RSE, pues la obligación jurídica no es la única responsabilidad de la empresa, sino que forma parte de sus responsabilidades con la sociedad. (Remacha, Marta, “Compliance, ética y RSC” en Cuadernos de la Cátedra “la Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo, núm. 31, 2016, p. 17.)

³⁹⁰ Véase por ejemplo el informe de KPMG sobre el despliegue de los programas de *compliance*. Terminando de documentar el modelo y los procesos de diligencia debida, 2016. Disponible en: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/pdf/2016/04/Kit4-Procesos-diligencia-debida.pdf>. Recuperado en abril de 2020.

6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, LOPJ), la pregunta que en la actualidad surge, es si estos programas también podrían ser una herramienta de exención en relación con los delitos internacionalmente perseguibles (artículo 23.3 de la LOPJ) que hayan podido cometer sus filiales en el extranjero³⁹¹.

Por otro lado, esta tendencia también es perceptible en el ámbito de la unión europea, en este sentido son destacables los siguientes Reglamentos:

- Reglamento de Minerales de Conflicto de la UE (2016)³⁹². Este Reglamento establece obligaciones de diligencia debida en la cadena de suministro para los importadores de estaño, tantalio y tungsteno, sus minerales y oro de la UE que se originan en áreas afectadas por conflictos y zonas de alto riesgo.
- Reglamento de la UE sobre la madera (2010)³⁹³. Sus disposiciones exigen que las empresas o personas que colocan madera o productos de la madera en el mercado de la UE lleven a cabo la diligencia debida para determinar la fuente de la madera y su legalidad.
- Reglamento 2016/679 (2016), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos³⁹⁴. A través de este reglamento se requiere la aplicación de la debida diligencia respecto del impacto que puede tener alguna actividad económica en el derecho a la privacidad, en concreto en el procesamiento de información personal por empresas con sede en la Unión Europea, independientemente de si sus operaciones se realizan en este continente o fuera de él.

Finalmente, no podemos finalizar este apartado sin mencionar que, en el momento de redactar el presente estudio, se anunció el compromiso de la Comisión Europea de introducir normas para la debida diligencia corporativa en materia medioambiental y de derechos humanos. El anuncio se realizó durante un evento en línea organizado por

³⁹¹ Esta pregunta no va a ser tratada en esta investigación, pero abre las puertas a un futuro estudio.

³⁹² *Regulation (Eu) 2017/821* of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 laying down supply chain due diligence obligations for Union importers of tin, tantalum and tungsten, their ores, and gold originating from conflict-affected and high-risk areas.

³⁹³ *Regulation (EU) No 995/2010* of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 laying down the obligations of operators who place timber and timber products on the market (and details provided by EC Implementing Regulation 607/2012).

³⁹⁴ *Reglamento 2016/679* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, OJ L 119, 2016.

el Grupo de Trabajo de Conducta Empresarial Responsable del Parlamento de la UE³⁹⁵. En la actualidad, ya se ha presentado por parte de la Comisión de la UE la propuesta para una Directiva de Diligencia Debida en Sostenibilidad Corporativa.

De este modo, los anteriores elementos muestran que poco a poco los Estados y la Unión Europea están trasladando el contenido del Pilar II de los Principios Rectores (deber de respeto de las empresas) a un marco jurídico.

3.3 Protección de los derechos e intereses de los consumidores, inversores, accionistas y otros frente a las prácticas desleales

La protección del consumidor frente a la publicidad engañosa sobre las virtudes sociales o medioambientales de una empresa derivada de su RSE es necesaria. Como es sabido, las empresas, en muchas ocasiones, utilizan la RSE como un vector más del marketing empresarial; crear una marca de prestigio social que extienda sus efectos a la calidad de estas o de productos concretos ofrecidos en el mercado. Una práctica que puede llevar a la empresa hacia el conocido término de *greenwashing*³⁹⁶. La protección de los derechos del consumidor exige así una información de la RSE que sea objetiva, verdadera y verificable, como lo debe ser con respecto a la publicidad de los mismos productos, y que, por consiguiente, no le induzca a error, por asociación, sobre las calidades sociales o medioambientales de los productos que compre.

De este modo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior³⁹⁷ es otro ejemplo de efecto jurídico asociado a la RSE. Esta fue redactada para contribuir a mejorar el nivel de protección de los consumidores.

³⁹⁵ Business & Human Rights Resource Centre: Story: EU Commissioner for Justice commits to legislation on mandatory due diligence for companies, abril 2020. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/eu-commissioner-for-justice-commits-to-legislation-on-mandatory-due-diligence-for-companies/>. Recuperado en junio de 2020.

³⁹⁶ Este término ha sido definido como aquella “desinformación diseminada por una organización para presentar una imagen pública respetuosa del medioambiente”. Asimismo, Greenpeace completa esta definición añadiendo que “engloba no solo la imagen pública de la empresa, sino también los bienes que produce, siendo el *greenwashing* “el acto de engaño al consumidor para que la percepción de que los productos y los objetivos de una empresa sean vistos como ecológicamente amigables”. Véase: Alejos Góngora, Claudia Lucía, “*Greenwashing: ser verde o parecerlo*” en *Cuadernos de la Cátedra “la Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo*, 2013, p. 8. Véase también Greenpeace, *Greenwash +20. Cómo las grandes empresas se interponen en el camino hacia el desarrollo sostenible*, 2012. Disponible en: https://archivo-es.greenpeace.org/espana/Global/espana/report/generales/gp_res_ejecutivo_greenwash20.pdf. Recuperado en octubre de 2019.

³⁹⁷ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales), Diario Oficial de la Unión Europea núm. 149 de 11 de junio de 2005.

Una norma que empezó abrir las puertas para luchar contra el greenwashing. Así, la Directiva, en su artículo 6, puntualiza que las prácticas engañosas pueden consistir, entre otras acciones, a dar información errónea sobre el “alcance de los compromisos del comerciante y los motivos de la práctica comercial” (art. 6c y 6f). Por lo que la exageración sobre la importancia de programas sociales o medioambientales de una empresa podrían ser entendidos como tal³⁹⁸. De otro lado, también incluye como práctica comercial engañosa, toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, y que suponga, entre otras, “2. b) el incumplimiento por parte del comerciante de compromisos incluidos en códigos de conducta que aquél se haya obligado a respetar, siempre y cuando: i) el compromiso no remita a una aspiración u objetivo, sino que sea firme y pueda ser verificado, y ii) el comerciante indique en una práctica comercial que está vinculado por el código”³⁹⁹. Sobre este particular, además es importante señalar que estos códigos suelen dotarse de obligatoriedad mediante la remisión total o parcial a estándares internacionales o leyes positivas⁴⁰⁰.

La Directiva obliga así a todos los Estados a incluir disposiciones legales para que las personas o las organizaciones con un interés legítimo en combatir prácticas comerciales desleales, incluidos los competidores, puedan proceder judicialmente contra tales prácticas o someterlas a un órgano administrativo competente bien para que se pronuncie sobre las reclamaciones, bien para que entable las acciones judiciales correspondientes (art. 11). Los órganos jurisdiccionales podrán en caso de verificar la práctica, ordenar su cese, prohibirla, exigir adicionalmente la publicación de

³⁹⁸ Alejos Góngora, Claudia Lucía, *op.cit.* p. 15.

³⁹⁹ En particular, los “códigos de conducta” son definidos expresamente por la Directiva 2005/29/CE en el art. 2 f) como todo: “acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos”.

⁴⁰⁰ A través de la web, pueden consultarse estos Códigos de Conducta. Por poner algunos ejemplos: Código de Ética y Conducta de Repsol, disponible en: https://www.repsol.com/imagenes/global/es/codigo_de_etica_conducta_repsol_tcm13-17053.pdf. Recuperado en abril de 2021; Business conduct and ethics code de Chevron, disponible en: <https://www.chevron.com/-/media/shared-media/documents/chevronbusinessconductethicscode.pdf>. Recuperado en abril de 2021; ConocoPhillips, disponible en: http://static.conocophillips.com/files/resources/smld_022_code_of_business_ethic_and_conduct.pdf. Recuperado en abril de 2021; Código de Conducta de Shell, disponible en: https://coc.shell.com/es_es/code-of-conduct.html. Recuperado en abril de 2021; Código de conducta de Rio Tinto, disponible en: <https://www.riotinto.com/sustainability/ethics-integrity>. Recuperado en abril d 2021; Code of ethics de ExxonMobil, disponible en: <https://corporate.exxonmobil.com/Company/Who-we-are/Corporate-governance/Code-of-ethics#Overview>. Recuperado en abril de 2021. Code of ethics and conduct de Cepsa, disponible en: <https://www.cepsa.com/stfls/corporativo/FICHEROS/Code-of-Ethics-and-Conduct-Febrero-2018.pdf>. Recuperado en abril de 2021.

comunicados rectificativos, así como dictar sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias (art. 13).

¿Quién puede tener un interés legítimo en contra de estas prácticas comerciales desleales? Por supuesto los consumidores o clientes, que podrían interponer demandas por incumplimiento del contrato. Pero también las asociaciones de consumidores, que podrían litigar de acuerdo con aspectos extracontractuales. La Directiva cita también a los “competidores”, que podrían también hacer uso de demandas de carácter extracontractual.

Un aspecto controvertido en este sentido es el etiquetado de sostenibilidad y las certificaciones. En los últimos años un gran número de iniciativas han sido lanzadas por diversos actores. Estas son consideradas como parte del sistema de gestión de la RSE. En cuanto al proceso por el que se obtienen, la organización ISO distingue entre tres tipos: tipo I (ISO 14024), procesos verificados por una tercera parte; tipo II (ISO 14021), autodeclaraciones sin verificación; tipo III (ISO 14025), resultados verificados por una tercera parte⁴⁰¹. Lo cierto es que, existe el riesgo de que el exceso en la variedad pueda dificultar la elección, ya sea por la dificultad de comparar entre las distintas opciones o por la existencia de etiquetas menos rigurosas que puedan escapar al escrutinio de su contenido. En este sentido, cabe destacar que el Parlamento Europeo, ya en 2013, aprobó dos informes (Informe Howitt y el Baldassarre⁴⁰²), que instaban a la Comisión Europea a adoptar medidas específicas para luchar contra la información falsa y engañosa en los compromisos de las empresas, los informes RSC y los impactos sociales y medioambientales de productos y servicios⁴⁰³.

Por otro lado, en este contexto no puede obviarse que estas prácticas engañosas o el incumpliendo de sus compromisos sociales o medioambientales podrán afectar

⁴⁰¹ Esta clasificación se aplicó en origen a las etiquetas medioambientales, pero es válida para las otras dos categorías personas y animales.

⁴⁰² Howitt, Richard, *Informe sobre la responsabilidad social de las empresas: promover los intereses de la sociedad y un camino hacia la recuperación sostenible e integradora* (2012/2097(INI)), A7-0023/2013, Parlamento Europeo; Baldassarre, Raffaele, *Informe sobre responsabilidad social de las empresas: comportamiento responsable y transparente de las empresas y crecimiento sostenible* (2012/2098(INI)), A7-0017/2013 Parlamento Europeo.

⁴⁰³ Así, la Unión Europea ha venido regulando el etiquetado de productos a nivel específico, como el etiquetado de alimentos, energético y la etiqueta ecológica, pero se ha señalado que en cambio no ha regulado directamente la utilización de componentes ambientales en los productos para evitar el greenwashing. Alejos Góngora, Claudia Lucía...*op.cit.*, p. 15. Un paso en este sentido podrá ser la entrada en vigor del etiquetaje verde de la Unión Europea. Se busca combatir el greenwashing, es decir, que se anuncien como sostenibles actividades económicas que en realidad no lo son. Véase, Masdeu, Jaume, *La Unión Europea etiqueta las inversiones verdes*, La Vanguardia, (18/12/2019). Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/natural/20191218/472314387673/ue-etiquetas-verdes-inversiones-greenwashing.html>. Recuperado en enero 2020. Para más información sobre las etiquetas de la Unión Europea véase: Etiquetas de la UE en https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/product-safety-and-requirements/eu-labels_es. Recuperado en mayo de 2020.

directamente a los intereses de los accionistas. Por consiguiente, parece coherente la extensión de la protección de sus derechos. En este sentido, se realiza la responsabilidad de los administradores de la sociedad de conformidad con la Ley de Sociedades de Capital que determina que “los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa (art. 236)”⁴⁰⁴.

Finalmente, siguiendo esta idea también se ha de tener en cuenta que esta extensión también debería llegar a los inversores⁴⁰⁵, en caso de haber llevado a cabo equivocadamente una decisión de compra de acciones por las declaraciones realizadas por una empresa sobre su comportamiento no financiero, así como también a la relación con los proveedores, ya que la incorporación en los contratos con los proveedores de criterios de RSE podrá generar un efecto jurídico. Este podrá emanar en caso de invocación de su incumplimiento, pudiéndose así alegar como una causa de rescisión de este. En la actualidad buena parte de los contratos de proveedores de las grandes empresas multinacionales contienen cláusulas relativas a la RSE⁴⁰⁶.

3.4 Obligaciones mercantiles y divulgación de información no financiera

La Unión Europea, desde la primera etapa de construcción del Derecho de Sociedades que se iniciaría con la aprobación de la primera Directiva del Consejo en 1968 (Directiva 68/151/CEE), ha estado trabajando de forma continua en el proceso de configuración y desarrollo de este entramado jurídico comunitario. En 2017 se codificó buena parte de este ámbito del ordenamiento a través de la Directiva 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, sin olvidar que en cualquier caso los Estados miembros se siguen rigiendo por sus propias leyes. Un marco de gobernanza corporativo que ha venido determinando el establecimiento de unas normas comunes relativas a la protección de los intereses y los derechos de los

⁴⁰⁴ *Real Decreto Legislativo 1/2010*, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

⁴⁰⁵ La Directiva 2005/29/CE de manera concreta detalla que “no se refiere a prácticas comerciales realizadas fundamentalmente con otros fines, como las comunicaciones comerciales dirigidas a inversores, por ejemplo, informes anuales y publicaciones de promoción empresarial (considerando 7).

⁴⁰⁶ UNCTAD, *Corporate Social Responsibility in Global Value Chains*, UNCTAD/DIAE/ED/2012/3, 2012, p. 9

accionistas, las normas sobre ofertas públicas de adquisición para las sociedades anónimas, la comunicación de información sobre las sucursales, las fusiones y escisiones, las normas mínimas relativas a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada, la información financiera y la contabilidad, el acceso más rápido y sencillo a la información sobre las sociedades y algunos requisitos de divulgación impuestos a las sociedades⁴⁰⁷.

En este contexto, la demanda de información no financiera ha experimentado un impulso exponencial en los últimos años⁴⁰⁸. De este modo, ante la necesidad de que las empresas divulguen información sobre cuestiones sociales y medioambientales, con el fin de identificar riesgos para la sostenibilidad y aumentar la confianza de los inversores y los consumidores⁴⁰⁹, el Parlamento Europeo solicitó a la Comisión a que presentara una propuesta legislativa sobre divulgación de información no financiera por parte de las empresas. Nació así la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 por la que se modificaba la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos⁴¹⁰. Esta ha supuesto un avance hacia un nuevo marco regulatorio de transparencia más allá de las obligaciones mercantiles ya establecidas y de la obligación de informar sobre la situación financiera de la empresa. Por consiguiente, se configura como otra vertiente de la protección de los derechos de los socios y de terceros dentro de la UE mediante la transformación en jurídicamente obligatorias ciertas prácticas anteriormente voluntarias de la RSE⁴¹¹. En particular, la transparencia debe ser entendida como un factor fundamental en la gestión de la RSE, ya que puede contribuir a mejorar las prácticas y el comportamiento de las empresas,

⁴⁰⁷ Para más información véase, Parlamento Europeo, Fichas temáticas sobre la Unión Europea. El Derecho de sociedades. Disponible en <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/35/selskabsret>. Recuperado en mayo de 2021.

⁴⁰⁸ La elaboración de memorias de sostenibilidad se ha convertido en una práctica extendida en el contexto global, especialmente en el ámbito europeo. Véase la base de datos de la Global Reporting Initiative (GRI): <https://database.globalreporting.org/>. Recuperado en enero de 2020. Además, en estos últimos años han surgido diferentes iniciativas de reporte como el Integrated Reporting, SASB (Sustainability Accounting Standards Board) o el Task Force on Climate-related Financial Disclosures, entre otros. *Vide infra*, 3. Gobernanza transnacional a través de las iniciativas voluntarias, Capítulo 3, así como otras iniciativas específicas de transparencia como la Iniciativa de Transparencia en la Industria Extractiva. *Vide infra*, Capítulo 4.

⁴⁰⁹ Baldassarre, Raffaele, ...*op. cit.*

⁴¹⁰ Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.

⁴¹¹ No es objeto de esta tesis realizar un estudio sobre la transposición de la Directiva en todos los marcos nacionales. Sin embargo, se plantea este análisis comparativo para una futura investigación que permita conocer si otros Estados han mejorado la Directiva. El propósito que se plantea es determinar el impacto que pudiera tener la divulgación de información no financiera en la mejora de la sostenibilidad, así como en la creación de confianza con los grupos interesados y en la mejora del ejercicio de sus derechos.

permitiéndoles además el poder cuantificar los resultados obtenidos y comparar su evolución gracias al establecimiento de parámetros de referencia⁴¹².

En España la transposición de la Directiva 2014/95/UE se produjo en dos fases, en primer lugar, se aprobó el Real Decreto-Ley 18/2017, de 24 de noviembre⁴¹³, y en diciembre de 2018⁴¹⁴ se publicó una nueva ley sobre información no financiera y diversidad, que incluyó importantes novedades que mejoraron los niveles de exigencia en cuanto a transparencia y fiabilidad de la información no financiera divulgada respecto a su antecedente (el RD 18/2017⁴¹⁵).

De este modo, la Ley 11/2018, su articulado, con el fin de proteger los intereses de las empresas, los accionistas y, en general, de “las demás partes interesadas”, obliga a las grandes empresas designadas en el artículo 19 *bis*⁴¹⁶ a facilitar, junto con el informe financiero anual⁴¹⁷, información sobre sus principales riesgos, entre otros, los impactos ambientales y el respeto por los derechos humanos, así como sobre las políticas de diligencia debida implementadas para abordar estos riesgos y sus resultados⁴¹⁸. Asimismo, en su apartado 2) incorpora otra modificación al artículo 20

⁴¹² Esta valoración se determina a través del estudio desde abril de 2016 a abril de 2019 de las memorias de RSE y sostenibilidad de empresas de diferentes sectores. Asimismo, se han realizado entrevistas con personas responsables de los departamentos de RSE y/o sostenibilidad de diversas empresas españolas.

⁴¹³ *Real Decreto-ley 18/2017*, de 24 de noviembre, por el que se modifican el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la *Ley 22/2015*, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad. España fue uno de los últimos países en transponerla.

⁴¹⁴ *Ley 11/2018*, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la *Ley 22/2015*, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad. La Ley se aplica a las sociedades de capital y sociedades que formen cuentas consolidadas, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 500. b) Que, o bien tengan la consideración de entidades de interés público de conformidad con la legislación de auditoría de cuentas, o bien, durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes: i) Que el total de las partidas del activo sea superior a 20.000.000 de euros; ii) Que el importe neto de la cifra anual de negocios supere los 40.000.000 de euros; iii) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 250. Además, cabe especificar que, transcurridos tres años de la entrada en vigor de la nueva legislación, el alcance se amplía a las sociedades que formen cuentas consolidadas con más de 250 trabajadores que o bien tengan la consideración de entidades de interés público de conformidad con la legislación de auditoría de cuentas, exceptuando a las entidades que tienen la calificación de empresas pequeñas y medianas de acuerdo con la Directiva 2013/34/UE, o bien, durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos una de las circunstancias siguientes: i) Que el total de las partidas del activo sea superior a 20.000.000 de euros; y ii) Que el importe neto de la cifra anual de negocios supere los 40.000.000 de euros.

⁴¹⁵ Para información detallada véase: Actualidad Jurídica Uría Menéndez, *Novedades introducidas por la ley 11/2018, de 28 de diciembre, en materia de información no financiera y diversidad*, 2019. Disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/6537/documento/foro-esp-05.pdf?id=8742>. Recuperado mayo de 2020.

⁴¹⁶ Es decir, “grandes empresas que sean entidades de interés público que, en sus fechas de cierre del balance, superen el criterio de un número medio de empleados superior a 500 durante el ejercicio”.

⁴¹⁷ Con la aprobación de la *Ley 11/2018* se modificaron algunos artículos del Código de Comercio, aprobado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885. En particular en el apartado del artículo 44 se incluyó la referencia a estos estados de información no financiera: “Las cuentas anuales consolidadas comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria, consolidados. Estos documentos forman una unidad. A las cuentas anuales consolidadas se unirá el informe de gestión consolidado que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera.

⁴¹⁸ En concreto el artículo 19 bis detalla que el informe de gestión debe incluir a) una breve descripción del modelo de negocio de la empresa; b) una descripción de las políticas que aplica la empresa en relación con dichas cuestiones, que incluya los procedimientos de diligencia debida aplicados; c) los resultados de esas políticas; d) los principales riesgos relacionados con

de la Directiva 2013/34/UE por la que exige también información sobre la cuestión de la “política de diversidad” aplicada por la empresa a los órganos de administración, dirección y supervisión de la empresa, en aspectos como la edad o el género. Si bien, a pesar de que este debe presentarse junto con el informe financiero anual, en la actualidad la ley no determina sanciones específicas en caso de que este no se presente, o si se presenta, pero no incluye toda la información requerida⁴¹⁹.

Así, tal y como se desprende de la Ley, el estado de información no financiera deberá incluir la información necesaria para comprender la evolución, los resultados, la situación de la sociedad o grupo de sociedades y el impacto de su actividad respecto a; i) cuestiones medioambientales; ii) cuestiones sociales y relativas al personal; iii) el respeto de los derechos humanos; iv) la lucha contra la corrupción y el soborno; v) información sobre la sociedad: compromisos de la empresa con el desarrollo sostenible, subcontratación y proveedores, consumidores, información fiscal; y, vi) cualquier otra información que sea significativa.

A modo de crítica, si bien se observa que, la ley española es algo más concreta que la Directiva 2014/95/UE, esta continua sin definir de manera detallada, ni con carácter exhaustivo, cuál es la información requerida y cómo es esta información (cuantitativa, cualitativa, principios, etc.), sino que se siguen presentado, como se observa, una serie de temas globales formulados de manera imprecisa. Aunque, se ha de tener en cuenta, que la propia Ley 11/2018 fija la posibilidad de que el gobierno pueda establecer por vía reglamentaria los indicadores clave para cada materia del estado de información no financiera. Por ahora, tras haber pasado casi cuatro años desde su entrada en vigor, todavía no se ha promulgado ninguna normativa al respecto.

Asimismo, tampoco se han fijado mecanismos de información concretos, dejando a la elección de la empresa la utilización de estándares dispares cuyos objetivos y finalidades difieren unos de los otros⁴²⁰. Aunque en la práctica, se observa que muchos

esas cuestiones vinculados a las actividades de la empresa, entre ellas, cuando sea pertinente y proporcionado, sus relaciones comerciales, productos o servicios que puedan tener efectos negativos en esos ámbitos, y cómo la empresa gestiona dichos riesgos; e) indicadores clave de resultados no financieros, que sean pertinentes respecto de la actividad empresarial concreta.

⁴¹⁹ En este sentido, actualmente los auditores únicamente, en caso de no disponer de este informe apuntan la existencia de una salvedad en la presentación del informe financiero. Por su parte el Registro Mercantil decide si permite el registro con incorrecciones o lo deniega. Esta información ha sido obtenida a través de entrevistas a diversos auditores de cuentas.

⁴²⁰ En particular, tanto la Directiva 2014/95/UE como la Ley 11/2018 hacen referencia a el sistema de Gestión y Auditoría Medioambientales o en marcos internacionales tales como el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, el Acuerdo de París sobre cambio climático, los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos que ponen en práctica el marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, las Líneas

de estos informes han utilizado el estándar de la *Global Reporting Initiative* como guía para la divulgación, esta discrecionalidad podría dificultar la comparabilidad de los informes e incluso amenazar la comprensión, por falta de coherencia y armonización, de la información⁴²¹. Además, también se debe tener en cuenta que este aspecto también deviene importante a la hora de llevar a cabo la verificación del informe. Es decir, ¿podrá la carencia de homogeneidad crear falta de rigurosidad de este proceso?

Respecto a esta verificación, también cabe acentuar que, aunque la ley establece que la “información incluida en el estado de información no financiera será verificada por un prestador independiente de servicios de verificación”, no determina quién debe ser considerado como “prestador independiente de servicios de verificación”, ni sobre las condiciones o características que debe reunir la personas física o jurídica para que pueda ser reconocida como tal. Tampoco se exige, ni se prohíbe, que esta se realice por el auditor de cuentas de la entidad. A falta de regulación específica de la norma, habrá que ver si los auditores de cuentas son en realidad las personas adecuadas para llevar a cabo esta verificación. Por otro lado, es significativo acentuar que estos informes deberán ponerse a disposición del público de forma gratuita y además deberán ser fácilmente accesibles en el sitio web de la sociedad dentro de los seis meses posteriores a la fecha de finalización del año financiero y por un periodo de cinco años. Teniendo en cuenta lo anterior, podría plantearse la duda de si estos informes debieran respetar ciertos estándares en términos de formato con el fin de posibilitar su ulterior reutilización para que, combinados también con otras formas de datos, puedan mejorar la rendición de cuentas de las empresas⁴²².

Asimismo, es remarcable apreciar que la Ley 11/2018 ha eliminado la posibilidad que reconocía tanto la Directiva 2013/34/UE como el Real Decreto-ley 18/2017, de omitir información relativa a acontecimientos inminentes o cuestiones que están siendo objeto de negociación cuando, en la opinión debidamente justificada del

Directrices de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) para Empresas Multinacionales, la norma (ISO) 26000 de la Organización Internacional de Normalización, la norma (SA) 8000 de la Responsabilidad Social Internacional, la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la Organización Internacional del Trabajo, la Iniciativa Mundial de Presentación de Informes de Sostenibilidad del GRI (GRI Sustainability Reporting Standards), u otros marcos internacionales reconocidos.

⁴²¹ Estos informes pueden verse a través de la web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Disponible en: <https://www.cnmv.es/Portal/consultas/busqueda.aspx?id=25>. Recuperado en mayo de 2021.

⁴²² *Vide infra*, 4.3.2 La política de datos abiertos.

órgano de administración, la divulgación de dicha información pueda perjudicar gravemente la posición comercial del grupo.

Por otro lado, es significativa la obligación, por parte de la Ley 11/2018 de incluir una descripción sobre los principales riesgos de las actividades del grupo relacionados con las cuestiones citadas. La propia ley exige incluir información sobre las políticas y los procedimientos de diligencia debida aplicados por la empresa en relación con las cuestiones relacionadas en la Ley, y añade que además cuando sea pertinente, la empresa deberá proporcionar también información sobre su cadena de suministro y subcontratación, con el fin de detectar, prevenir y atenuar efectos adversos existentes y potenciales.

Finalmente, aunque la Ley no determina la obligación de llevar a cabo de manera específica un proceso de debida diligencia, sí que determina la obligación de informar sobre el mismo, incluidos los procedimientos en materia de derechos humanos⁴²³. En este sentido, esta nueva percepción podría entenderse como un primer paso para estar alienada con el Marco “Proteger, Respetar y Remediar”, presentado por John Ruggie⁴²⁴. Así, podría interpretarse como una forma de instar a que las empresas empiecen a ser conscientes de la necesidad de llevar a cabo estos procesos.

3.4.1 Los derechos humanos en los informes de estado de información no financiera

De este modo, la aprobación de la Directiva 2014/95/UE, ha supuesto un gran avance en la divulgación de las cuestiones sociales y ambientales relacionadas con las operaciones de las empresas. Si bien, el análisis de los informes de estado de información no financiera parece mostrar que estas siguen teniendo ciertas dificultades con sus obligaciones relativas a la divulgación de la información sobre derechos humanos⁴²⁵. En esta línea, algunos estudios han revelado este desafío, lo

⁴²³ La debida diligencia, en todo caso, en la actualidad es un tema que se ha empezado a recoger en leyes específicas. Sin embargo, también podría decirse que la Directiva 2014/95/UE presenta ya una visión sobre la futura regulación de este proceso. *Vide supra*, 3.2 Impulso legislativo para la incorporación de la debida diligencia en materia de derechos humanos.

⁴²⁴ *Vide supra*, 2.2 Los Principios Rectores y la responsabilidad social corporativa.

⁴²⁵ Se trata de una apreciación personal derivada del estudio, realizado durante el 2019 y parte del 2020, de los informes presentados por las empresas a nivel español. Estos informes pueden ser consultados por ejemplo a través de la web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Disponible en: <https://www.cnmv.es/Portal/consultas/busqueda.aspx?id=25>. Recuperado en mayo de 2020. En realidad, es una desconexión que ya se muestra latente con anterioridad.

que probablemente indicaría que no saben cómo aplicar la ley, ni tampoco entienden el alcance de los derechos humanos ni el impacto que su actividad tiene sobre estos.

En particular es interesante enfatizar el informe del estudio del Observatorio de RSE, “La responsabilidad social corporativa en las memorias anuales del IBEX 35. Análisis del ejercicio 2017”⁴²⁶. Este analiza el impacto efectivo del Real Decreto Ley y la calidad de la información reportada sobre los ámbitos de buen gobierno, corrupción, fiscalidad, derechos humanos, derechos laborales, medioambiente, clientes y consumidores. Tras analizar 540 indicadores, la puntuación media obtenida por las empresas del IBEX 35 se situó en 26,88 puntos sobre 100 (según la metodología empleada)⁴²⁷.

El análisis concluye que la mayor parte de las empresas no cumplen con el objetivo del Real Decreto y solamente incluyen en el informe de gestión información anecdótica sobre algunas cuestiones no financieras, no logrando por tanto tampoco el objetivo de que exista una verdadera verificación de la información no financiera por parte de la Junta General de Accionistas. El informe también concluye que la información que presentan la mayoría de las empresas tiene una orientación alejada del objetivo de rendición de cuentas que busca el Real Decreto Ley y se orienta más hacia una exposición de logros empresariales y buenas prácticas. Además, se detecta que 22 empresas presentan información distinta en el informe de gestión y en la memoria de sostenibilidad.

Con relación a la información sobre derechos humanos, se afirma que se trata de una asignatura pendiente, otorgando a estas cuestiones una escasa puntuación de 15,3 puntos. Parece ser que cada vez más empresas cuentan con políticas formales de

⁴²⁶ Observatorio de RSE, “La responsabilidad social corporativa en las memorias anuales del IBEX 35. Análisis del ejercicio 2017, 2018. Disponible en: <https://observatoriorsc.org/la-responsabilidad-social-corporativa-en-las-memorias-anuales-de-las-empresas-del-ibex-35/>. Recuperado en junio de 2020.

⁴²⁷ Se destacan también otros estudios relativos a la gestión de los derechos humanos por parte de las empresas, como el estudio europeo de 2019 de la Alianza para la Transparencia Corporativa. Este revela que mientras el 90% de las empresas de la muestra paneuropea expresaron su compromiso de respetar los derechos humanos, solo el 36% describió su sistema de debida diligencia de derechos humanos (no necesariamente en línea con el estándar de informes UNGP). El mismo estudio encontró que el 19% de las empresas no habían añadido una descripción sobre los riesgos que sus operaciones representan para los derechos humanos; el 48% realizaba una descripción “vaga”; mientras que solo el 26% mostraba una declaración clara sobre estas cuestiones. 5 The Alliance for Corporate Transparency, 2018 Research Report, 2019, pág. 45. Disponible en: <http://www.allianceforcorporatetransparency.org/>. Recuperado en diciembre de 2019. Por otro lado, también se puede detallar el realizado por el Corporate Human Rights Benchmark. Este revela que existe un elevado número de empresas que obtienen cero puntos en los temas relacionados con los derechos humanos, indicando que las empresas carecen de los compromisos y sistemas fundamentales necesarios para evitar causar impactos adversos sobre los derechos humanos o para proporcionar un remedio efectivo después de que haya ocurrido un impacto negativo (Corporate Human Rights Benchmark, 2019 Key Findings: Apparel, Agricultural Products and Extractive Companies, 2018, pág. 12. Disponible en: <https://www.corporatebenchmark.org/>. Recuperado en octubre de 2020).

respeto de los derechos humanos, pero se suspende en la información relativa a cómo garantizar su no vulneración. Se destacaba así que trece grupos contaban a finales de 2017 con esa política formal, pero sólo siete publicaron cuáles eran los riesgos de sus actividades para los derechos de las personas. Poco a poco, las empresas han ido mejorando su obligación de divulgación de conformidad con la Ley tal y como parece desprenderse de la versión del citado informe de 2019⁴²⁸ (en su último informe de 2020, esta cifra sólo ha ascendido a 23,46 puntos sobre 100 puntos, por lo que se sigue manteniendo con el peor promedio de todas las áreas analizadas⁴²⁹). Así, ambos documentos dejan latente la necesidad de progresar en este camino. De este modo, con el objetivo de paliar tales circunstancias, sería altamente necesario que la Ley además hiciera referencia al Marco para el Informe de los Principios Rectores de las Naciones Unidas⁴³⁰. Un marco que ayuda a las empresas a informar sobre su desempeño de acuerdo con los Principios Rectores, pero además también es un marco que ofrece a las empresas una herramienta para identificar brechas en el desempeño. Así, desde un enfoque de derechos humanos la aprobación de la Directiva 2014/95/UE podría haber sido un primer paso para que las empresas entiendan la necesidad de establecerlos en el centro de sus procesos y sistemas de gestión de las empresas⁴³¹.

3.5 Protección de los Estados Huésped en las inversiones directas extranjeras

Las políticas de acción exterior de los Estados están asumiendo una promoción activa de la internacionalización de las empresas. Sin embargo, esta promoción no siempre viene acompañada de mecanismos de control suficientes que permitan

⁴²⁸ Observatorio de RSE, *La responsabilidad social corporativa en las memorias anuales del IBEX 35. Análisis del ejercicio 2019*. Disponible en <https://observatoriorsc.org/la-responsabilidad-social-corporativa-en-las-memorias-anuales-de-las-empresas-del-ibex-35/>. Recuperado en enero de 2020. Para más información sobre los resultados en relación con el resto de los temas véase íntegramente el citado informe.

⁴²⁹ Observatorio de RSE, *La responsabilidad social corporativa en las memorias anuales del IBEX 35. Análisis del ejercicio 2020*. Recuperado en enero de 2022.

⁴³⁰ *Marco para el Informe de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, adaptación al castellano del UN Guiding Principles Reporting Framework* (2017). El Marco para el Informe se ha desarrollado a través de la Iniciativa de Marcos para el Informe y el Aseguramiento en Derechos Humanos (RAFI, por sus siglas en inglés). RAFI ha sido desarrollado por Shift y Mazars a través de un proceso abierto, global y consultivo que incluyó a representantes de más de 200 empresas, grupos de inversión, organizaciones de la sociedad civil, gobiernos, empresas certificadoras, abogados y otras organizaciones de expertos de todas las regiones del mundo. Las consultas tuvieron lugar en Addis Ababa, Bangkok, Yakarta, Londres, Manila, Medellín, Nueva York y Yangon.

⁴³¹ En el momento de finalizar el presente estudio, la UE está trabajando en una nueva directiva sobre información no financiera. En este sentido, entre otros aspectos, parece que introduce una mayor especificación respecto a: “la alineación de procesos de diligencia debida con los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de Naciones Unidas y la reciente propuesta de la Directiva de la UE sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial”. Para más información, véase: Pacto Mundial, *Claves sobre la próxima renovación de la Directiva de información no financiera*, 30 de marzo de 2022. Disponible en: <https://www.pactomundial.org/noticia/claves-sobre-la-proxima-renovacion-de-la-directiva-de-informacion-no-financiera/>. Recuperado en abril de 2022.

asegurar el cumplimiento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como prevenir su vulneración⁴³². La inversión no es por sí misma un componente de desarrollo sino va custodiado de un comportamiento responsable de los inversores⁴³³.

Por ello, es interesante referenciar una de las vías más recientes de positivación jurídica de la RSE que ha emergido en el ámbito del derecho internacional económico⁴³⁴. Más en concreto, en los tratados internacionales de inversión y comercio⁴³⁵, aspecto que todavía no ha atraído atención suficiente ni de los juristas ni de los expertos en RSE del ámbito de la ética o de las ciencias empresariales⁴³⁶.

En particular, la UE ha venido impulsando las cláusulas de RSE en su política comercial y de inversión. El 25 de noviembre de 2010, el Parlamento Europeo adoptó una resolución titulada sobre la “Responsabilidad Social de las Empresas y los acuerdos de comercio internacional”⁴³⁷. En esta toma en consideración una pluralidad de estándares en los que se inspira como, entre otros, el Pacto Mundial, los informes

⁴³² Ortega, M., *¿Debe el Estado ayudar a las transnacionales españolas?*, Muñoz Moya Editores, 2007.

⁴³³ Sobre este particular, son interesante las diferentes herramientas que proporcionan estándares generales para la práctica, información sobre temas contractuales individuales y que identifican problemas emergentes en los contratos entre el Estado y los inversores y los derechos humanos. Véase: LSE - Laboratory for Advanced Research on the Global Economy - Investment & Human Rights Project. Disponible en: <https://blogs.lse.ac.uk/investment-and-human-rights/toolbox/state-investor-contracts/>. Recuperado en enero de 2020.

⁴³⁴ No se va a llevar a cabo un estudio específico, pero en este contexto de los tratados bilaterales, cabe destacar la importancia de los contratos entre los inversores y los Estados. Se trata de un acuerdo entre el gobierno de un país y un inversor empresarial extranjero que, a menudo, pero no siempre, se encuentra respaldado por un Tratado Bilateral de Inversión. Una cláusula contractual en particular que ha recibido importantes críticas desde la perspectiva de los derechos humanos y la buena gobernanza son las denominadas “cláusulas de estabilización. Estas cláusulas tienen como objetivo garantizar que, en el supuesto que la normativa sea modificada, se siga aplicando a las inversiones anteriores a la modificación, la legislación vigente al tiempo de la suscripción de los tratados. Por lo tanto, se busca el compromiso del Estado contratante de no aplicar a la inversión una nueva legislación dictada con posterioridad y que pueda afectar a la inversión de manera desfavorable. La capacidad de un estado para aprobar leyes que regulen el comportamiento de las partes privadas (incluidos los inversores) es fundamental para la protección de los derechos humanos. Por esta razón, se ha argumentado que la inclusión de estas cláusulas tener un impacto adverso en el disfrute y la realización de los derechos humanos, ya que tales cláusulas pueden tener un efecto paralizador en los esfuerzos de los gobiernos anfitriones de legislar para introducir cambios que mejoren la protección de los derechos humanos y, con ello cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Feichtner, Isabel, Krajewski, Markus y Roesch, Ricarda (eds), *Human Rights in the Extractive Industries*, Springer, 2019, pp. 257-358. En este sentido, se destaca el estudio realizado por Sotonye Frank, a través del cual examina cómo las iniciativas de transparencia introducidas por los países del África subsahariana como resultado de su participación en la Iniciativa de Transparencia de las Industrias Extractivas (EITI) han afectado el impacto potencial de las cláusulas de estabilización en los derechos humanos. Véase también Feichtner, Isabel, Krajewski, Markus y Roesch, Ricarda (eds), *Human Rights in the Extractive...op.cit* pp. 111-139. Esta cuestión abre la posibilidad de llevar a cabo un futuro estudio sobre el impacto del EITI en la inclusión de estas cláusulas en otros países implementadores. Véase también, Quak, Evert-jan, *The Impact of State-Investor Contracts on Development, Knowledge, evidence and learning for development programme*, Institute of Development Studies, 2018.

⁴³⁵ Los tratados bilaterales de inversión establecen los términos y condiciones para la inversión privada de ciudadanos y empresas de un país en otro, es decir todo acuerdo con un tercer país que contenga disposiciones sobre protección de las inversiones. Diario Oficial de la Unión Europea, *Reglamento (UE) núm. 1219/2012* del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países, L 351/40, 20/12/2012.

⁴³⁶ Para más información véase, entre otros: Guamán, Adoración, “Las cláusulas sociales en los acuerdos de comercio e inversión de la UE: los acuerdos de “nueva generación” a examen” en Tremolada, Eric (ed), *Desafíos del multilateralismo y de la Paz*, Universidad Externado de Colombia, 2017; Rodas, Mauricio, “Cláusulas ambientales y de inversión extranjera directa en los tratados de libre comercio suscritos por México y Chile”, en *Serie medio ambiente y desarrollo* 78, CEPAL, División de Desarrollo Sostenible y Asentamientos Humanos, 2003; Feichtner, Isabel, Krajewski, Markus y Roesch, Ricarda (eds), *Human Rights in the Extractive...op.cit*.

⁴³⁷ Parlamento Europeo, *Informe sobre la responsabilidad social de las empresas en los acuerdos de comercio internacional*, 2009/2201(INI).

publicados por J. Ruggie, incluido el marco “Proteger, respetar y remediar”, y otros códigos y foros de referencia como la SA 8000, la ISO 26000 o el “Proceso Kimberley”, y solicita la incorporación de la RSE en la política comercial y de desarrollo de la UE. Así, en su párrafo 20 relativo al sistema de preferencias generalizadas (SPG⁴³⁸ y el SPG+⁴³⁹) pedía a la Comisión: “... que los principios de la RSE se integren en el Reglamento SPG y SPG+ con ocasión de su próxima revisión.”

Más adelante, con respecto a los acuerdos comerciales de la UE proponía integrar completamente la RSE en nuevos acuerdos comerciales, así literalmente se determinaba que “... los futuros acuerdos comerciales negociados por la Unión incluyan un capítulo sobre el desarrollo sostenible, que incluya una cláusula sobre RSE, basado, en parte, en la versión actualizada en 2010 de las directrices de la OCDE para las empresas transnacionales”.

En particular el considerando AH 26, proponía que esta “cláusula RSE” incluya los aspectos que a continuación se relacionan: a) un compromiso recíproco de ambas partes que promueva los instrumentos de la RSE reconocidos internacionalmente; b) incentivos para alentar a las empresas a contraer compromisos en materia de RSE; c) la apertura de «puntos de contacto» para promover la información sobre la RSE y la transparencia; d) la obligación para las empresas de publicar sus balances en materia de RSE al menos cada dos o tres años; e) la obligación de diligencia para las empresas y grupos de empresas; f) el compromiso de las empresas de realizar consultas previas, de manera libre, abierta y bien informada, con las partes interesadas locales e independientes antes de iniciar un proyecto que tenga repercusiones sobre una comunidad local; y, g) atención especial a las repercusiones sobre el empleo de menores y a las prácticas de trabajo infantil.

⁴³⁸ El Sistema de Preferencias Generalizadas (SPG) de la UE es un instrumento comercial clave de la política comunitaria de ayuda al desarrollo. El SPG es un régimen comercial autónomo a través del cual la UE proporciona un acceso preferencial no recíproco al mercado comunitario de productos originarios en países y territorios en desarrollo a través de la exoneración total o parcial de los derechos arancelarios. (*Reglamento (UE) n.º 978/2012*) está en vigor desde el 1 de enero de 2014. La finalidad del SPG es reducir la pobreza en los países en vías de desarrollo mediante la generación de ingresos adicionales a través de sus exportaciones, garantizar los derechos humanos y laborales fundamentales y promover el desarrollo sostenible y la gobernanza.

⁴³⁹ El actual SPG tiene tres regímenes preferenciales con los que la UE concede beneficios comerciales, en forma de aranceles reducidos o nulos sobre las importaciones de mercancías, que reflejan las diferentes necesidades comerciales, de desarrollo y financieras de los países en vías de desarrollo: a) El régimen SPG general, concede a sus beneficiarios una exención arancelaria para los productos no sensibles y una reducción de 3.5 puntos del arancel para los sensibles (siendo la reducción del 20% para textil y confección). b) El régimen especial de estímulo del desarrollo sostenible y la gobernanza (SPG+) concede exención arancelaria para todos los productos cubiertos por este régimen a aquellos países considerados como vulnerables, que además ratifiquen y apliquen efectivamente 27 Convenciones internacionales sobre derechos humanos, laborales, medio ambiente y buen gobierno. c) El régimen especial a favor de los países menos desarrollados conocido como iniciativa EBA (“Everything but Arms”) concede exención total de aranceles a todos los productos originarios de los Países Menos Adelantados, con excepción de las armas.

Por otro lado, el considerando AH 27, establece además que la “cláusula RSE” debe ir acompañada de otras disposiciones; y matiza, a nuestro entender de forma muy acertada que: a) en caso de que se demuestre el incumplimiento de los compromisos en materia de RSE, debería ser posible que las autoridades competentes efectúen investigaciones; y, b) se realza la necesidad de que las partes se comprometan a favorecer la cooperación judicial transnacional, y a facilitar el acceso a la justicia de las víctimas de las actuaciones de las empresas en su esfera de influencia.

Posteriormente, el Parlamento Europeo extendió esta petición a la Comisión a través de la Resolución de 6 de abril de 2011, sobre la futura política europea en materia de inversiones extranjeras⁴⁴⁰, con respecto a las cuestiones relativas a la inversión extranjera incluidos en los acuerdos comerciales celebrados por la UE y también con respecto a los Tratados Bilaterales de Inversión acordados por los Estados miembros y terceros, al solicitar la inclusión de normas sociales y medioambientales. En particular subrayó en su disposición 27 que “la futura política de la UE también debe promover inversiones sostenibles, respetuosas del medio ambiente (en particular en el ámbito de las industrias extractivas), que alienten el establecimiento de unas condiciones de trabajo de calidad en las empresas objeto de la inversión”.

Este nuevo enfoque normativo de la RSE queda también recogido en el documento maestro de la Comisión sobre el impulso de la Política Comercial de la UE en el que se resalta que la política comercial y de inversión exterior de la UE debe “responder a las preocupaciones de los consumidores reforzando las iniciativas de responsabilidad social corporativa y la debida diligencia a lo largo de toda la cadena de producción”⁴⁴¹. Asimismo, pone especial énfasis en la protección de los derechos humanos, los derechos sociales y laborales y la protección del medio ambiente, por ejemplo, a través del requerimiento de informes a las empresas sobre su cadena de proveedores o sobre los pagos que realicen a los gobiernos en los sectores de la explotación minera y de maderera⁴⁴², dentro del impulso global de los Principios

⁴⁴⁰ Parlamento Europeo, *Informe sobre la futura política europea en materia de inversiones extranjeras* (2010/2203(INI), de 22 de marzo de 2011.

⁴⁴¹ Comisión europea, *Trade for All. Towards a more responsible trade and investment Policy*, 2015, p. 20,

⁴⁴² *Ibidem*, p. 24.

Rectores de la ONU, el Pacto Mundial, la Guía de la OCDE y la Declaración Tripartita de la OIT.

Aunque resulte difícil rastrear políticas comerciales parecidas adoptadas en otras partes del planeta, Canadá, por ejemplo, también ha querido sumarse a esta tendencia desde el 2010. En particular con respecto al sector extractivo, impulsa la incorporación en sus acuerdos comerciales y de inversión cláusulas de RSE que recomiendan y premian a las empresas que apliquen estándares voluntarios de RSE en el sector⁴⁴³.

Asimismo, a través de la base de datos del “Investment Policy Hub” de la UNCTAD⁴⁴⁴, se ha llevado a cabo un primer análisis de los tratados internacionales en la materia. En la actualidad, muchos de ellos, ya sea en los preámbulos o bien en la parte dispositiva, contienen referencias con distinto valor normativo a la RSE⁴⁴⁵. Se encuentra fuera del alcance de esta tesis realizar un estudio exhaustivo de todos ellos, quedando pendiente para una fase de investigación posterior. En líneas generales, las obligaciones asumidas por los Estados suelen ser las de alentar a las empresas a que adopten mecanismos de RSE como:

“Each Party should encourage enterprises operating within its territory or subject to its jurisdiction to incorporate internationally recognized standards of corporate social responsibility in their practices and internal policies, such as statements of principle that have been endorsed or are supported by the Parties. These principles address issues such as labour, the environment, human rights, community relations and anti-corruption”⁴⁴⁶.

En algunos casos, se citan con precisión determinados modelos de RSE:

”Acknowledging the importance of good corporate governance and corporate social responsibility for sustainable development and affirming their aim to encourage enterprises to observe internationally recognised guidelines and

⁴⁴³ Gobierno de Canadá, *Estrategia Mejorada de Responsabilidad Social Corporativa de Canadá para Fortalecer al Sector Extractivo Canadiense en el Extranjero*. “Modelo de negocios canadiense: Estrategia para promover la responsabilidad social corporativa en el sector extractivo canadiense en el extranjero”, 2014. Disponible en http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Highlights_of_Enhanced_CSR_Strategy_1_page_ES.pdf. Recuperado en octubre de 2020.

⁴⁴⁴ Para más información sobre estos acuerdos véase el *Investment Policy Hub*. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>. Recuperado entre junio de 2019 y octubre 2020.

⁴⁴⁵ Para más información véase: UNCTAD, *Investment policy framework for sustainable development*, 2015.

⁴⁴⁶ *Agreement between the Government of Canada and the Government of Burkina Faso for the Promotion and Protection of Investments*, 20 de abril de 2015.

principles in this respect, such as the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, the OECD Principles of Corporate Governance and the UN Global Compact”⁴⁴⁷.

Otras cláusulas de tipo comercial alientan a los Estados parte a que faciliten o promuevan la compra de bienes que respondan a mecanismos de RSE:

“The Parties shall strive to facilitate and promote trade in goods that contribute to sustainable development, including goods that are the subject of schemes such as fair and ethical trade and those involving corporate social responsibility and accountability”⁴⁴⁸.

Otros incluyen de manera específica cláusulas de RSE:

“Los inversionistas y sus inversiones se esforzarán por lograr el más alto nivel posible de contribución al desarrollo sostenible del Estado Anfitrión y la comunidad local, a través de la adopción de un alto grado de prácticas socialmente responsables, sobre la base de los principios y normas voluntarias establecidas en el presente Artículo”⁴⁴⁹.

En definitiva, podría remarcarse que la inclusión de estas cláusulas es fundamental para asegurar o mejorar la protección del interés general en tanto van a generar un elemento de juicio más a la hora de determinar si por ejemplo ha habido o no ha habido una expropiación discriminatoria o si por el contrario las razones alegadas por el estado son suficientes, véase, por ejemplo:

“Non-discriminatory regulatory measures by a Party or measures or awards by judicial bodies of a Party that are designed and applied to protect legitimate public interest or public purpose objectives such as public health, safety and the environment shall not constitute expropriation under this Article”⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ *Free Trade Agreement Between the EFTA States And Montenegro*, 14 de noviembre de 2011, en vigor desde el 1 del 11 de 2012.

⁴⁴⁸ Art. 13.6.2 del *Free Trade Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Republic of Korea*, of the other part, DOUE L127, Vol. 54, 14 de mayo de 2011, firmado el 6 del 10 de 2010 y en vigor desde el 1 de julio de 2011.

⁴⁴⁹ *Acuerdo de cooperación y de facilitación de inversiones entre la república federativa del Brasil y la república del Ecuador*, firmado el 25 de setiembre de 2019. En este sentido también es interesante el *Investment cooperation and facilitation treaty between the Federative Republic of Brazil and the Republic of India*, firmado el 25 de enero de 2020.

⁴⁵⁰ *Investment cooperation and facilitation treaty between the Federative Republic of Brazil and the Republic of India*, firmado el 25 de enero de 2020.

Así, se observa como cada vez más estos tratados hacen más referencia a la sostenibilidad y a las cláusulas de RSE y a la posibilidad de someter estas cláusulas a los mecanismos de supervisión del cumplimiento de los tratados, es decir al arbitraje internacional.

CAPÍTULO 3

FACTORES DE RIESGO Y GOBERNANZA DE LA INDUSTRIA DEL GAS Y EL PETRÓLEO

Hasta ahora se ha afirmado que las EMN tienen un gran potencial para contribuir positivamente en la sociedad, pero de igual forma también pueden tener un fuerte impacto negativo. Sin embargo, no ha de olvidarse que cada sector tiene sus propias características, y que por lo tanto sus actividades tienen un impacto diferente sobre la sociedad y el medioambiente. En consecuencia, cada vez más surgen iniciativas de RSE sectoriales, cuyo propósito será, como se ha expresado en el capítulo anterior, moldear el comportamiento de las empresas con el fin de contribuir al bienestar social, ambiental y económico, y evitar o minimizar los impactos negativos, y cualquier intención deliberada de producir un daño, a la vez que permitir la rendición de cuentas ante la sociedad.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta investigación ha determinado llevar a cabo un estudio sobre la industria extractiva, en particular sobre el sector de los hidrocarburos⁴⁵¹. Como se analizará, se trata de una industria, todavía en crecimiento (a pesar de la actual tendencia a hablar sobre energías más sostenibles), y altamente estratégica tanto a nivel económico, como político. Históricamente se ha entendido que esta debería jugar un papel importante en el desarrollo económico y social de los países en vías de desarrollo⁴⁵². No obstante, parece que ese desiderátum en muchos

⁴⁵¹ La empresa extractiva es aquella empresa cuyas actividades están dirigidas a la extracción de materias primas procedentes de la tierra (como el petróleo, los metales o los minerales y agregados), a su posterior procesamiento y final utilización por parte de los consumidores. Sigam, Claudine y García Leonardo, ...*op.cit.*, p. 3.

⁴⁵² Por ejemplo, a través de la contribución financiera, contribución tecnológica, creación de empleo, generación de ingreso público (impacto económico).

casos no se ha cumplido, o sólo ha satisfecho de un modo muy inferior a unas expectativas razonables⁴⁵³. Sin embargo, no debe perderse de vista que uno de los principales problemas puede ser el propio Estado soberano de los recursos naturales y la baja calidad del compromiso de las autoridades públicas con el bienestar de la sociedad a la que gobierna.

En este contexto, la pregunta que se plantea es si los mecanismos de RSE actuales tienen en consideración los principales riesgos y desafíos del sector, y por consiguiente, si estas herramientas pueden ayudar a mejorar la gobernanza del sector. Para ello, se contextualizará y presentarán las características más notorias de esta industria, y a continuación se analizarán las principales iniciativas o instrumentos que las empresas del sector extractivo están apoyando en la actualidad.

1. Contextualización del sector de los hidrocarburos

La existencia del petróleo y su utilización se conoce desde épocas milenarias. No obstante, la historia del petróleo como factor estratégico de desarrollo y componente integral de la política, la sociedad y la tecnología se remonta al siglo XIX⁴⁵⁴.

⁴⁵³ Véase: Lee Tanya, “The Extractive Industries Transparency Initiative: Public Information on Natural Resource Revenues” en *Petroleum Accounting and Financial Management Journal*, vol. 25, número 2, 2006, p. 1; *Statement of the Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) on Extractive Industries and Human Rights in Africa at the 51st Ordinary Session of the African Commission on Human and Peoples Rights*, 18 April- 2 May 2012, Banjul, Gambia.; Ölcer, Dilan, “Extracting the maximum from the EITI”, en *Working Paper No. 276*, OECD Development Centre, Research area: Global Development Outlook, 2009, p. 8. Muchos autores han llegado a afirmar que los enormes beneficios del petróleo, gas y los minerales no estaban siendo tenidos en cuenta lo que se asociaba con un incremento de la pobreza, el conflicto y la corrupción. A modo de ejemplo; Sachs Jeffrey D. y M. Warner Andrew, “Natural Resource Abundance and Economic Growth,” en *University Press*, 2000. (Previamente NBER Working Paper 5398, diciembre 1995); Stiglitz, Joseph, “Recursos Naturales, Desarrollo y Democracia”, en *XI Diálogo Democrático* (18 de diciembre 2007). Lima: Grupo Propuesta Ciudadana; Karl, T.L., “Oil-Led Development: Social, Political, and Economic Consequences” en *CDDRL Working Papers, número 80*, 2007; P. Collier, A. Hoeffler, “High-value natural resources, development, and conflict: Channels of causation”, en Lujala and S. A. Rustad (ed), *High-Value Natural Resources and Peacebuilding*, Routledge, London, 2012.

⁴⁵⁴ Es interesante determinar algunos hitos sobre el origen del desarrollo y utilización del petróleo y del gas natural. En el caso del petróleo, existen referencias de su uso que se remontan a la antigüedad, por ejemplo, para impermeabilización, para calafatear embarcaciones, medicinas, etc. Otros datos de interés en la historia del petróleo se remontan a 1847, cuando un químico escocés, James Young, advirtió una filtración natural de petróleo en la mina de carbón de Riddings en Alfreton, Derbyshire, a partir de la cual destiló un aceite ligero y fino adecuado para usar como aceite de lámparas. Asimismo, la crónica también señala a Samuel Kier, un boticario de Pittsburgh, Pennsylvania, quien en 1850 lo empezó a comercializar por primera vez con el nombre de “aceite de roca” o “petróleo (Ecopetrol S.A., Unidad de Comunicaciones Corporativas de Ecopetrol, *El petróleo y su mundo*, 2014). Sin embargo, cabe destacar, que ya en 1791 existían mapas de Pensilvania que mostraban un riachuelo llamado Oil Creek (“arroyo de aceite”). En esta zona el petróleo surgía de forma natural, pero los escasos usos comerciales del producto no estimulaban su extracción a nivel industrial. Finalmente fue el norteamericano William Drake a quien se le atribuye el primer hallazgo de petróleo con fines comerciales. En 1859, en Titusville, Pensilvania, el “coronel” Edwin Drake, descubrió un mapa de petróleo a una profundidad de 21 metros utilizando una perforadora mecánica construida para la ocasión por el herrero William Smith, extrayéndolo mediante un rudimentario sistema de bombeo. La exploración había sido financiada por George Bisell, James Townsend y un grupo de inversores de la Pennsylvania Rock Oil Company con el objeto de comercializar aceites para iluminación. A partir de este momento, la expansión del petróleo empezará su auge, cuyo posterior desarrollo estará ligado a quien más tarde sería el gran magnate petrolero John D. Rockefeller y su famosa empresa la Estándar Oil Company. Humberto Hernández Luis, “América Latina: petróleo y conflicto Pasado y presente” en *Ciencia Política n° 5, enero-junio 2008*, p. 116. En cuanto al gas natural, su uso también se remonta en la antigüedad, fundamentalmente en relación con la iluminación. Aunque su verdadera expansión estuvo ligada al desarrollo de tuberías de acero para soportar altas presiones, reconociéndose el primer transporte de alta presión entre Newton y Titusville (Pensilvania, EEUU) en 1872. Miras Salamanca, Pedro (dir), *Una aproximación a los hidrocarburos no convencionales en el ámbito internacional y en España*, Club Español de la Energía, 2016.

El carbón ocupó a lo largo del siglo XIX, y primer tercio del XX, una posición preeminente en el mundo industrializado. Este modelo energético entendía el papel crucial del consumo de energía en la mejora de las condiciones de vida, el aumento de la riqueza, el éxito y el poder internacional de una nación⁴⁵⁵. Sin embargo, la llegada del motor de combustión interna alimentado con gasolina junto a una importante transformación en el ámbito comercial sellaría finalmente la supremacía del petróleo sobre el carbón. El sector del transporte no sólo tendría una gran repercusión en la economía nacional de Estados Unidos y Europa, sino que, además los nuevos medios de transporte alimentados con petróleo (barcos, trenes, aviones, coches etc.) estaban empezando a ser básicos para la economía global⁴⁵⁶. Un sector, que tras décadas de actividades extractivas, se continúa configurando como estratégico para todos los países, y en el que juegan tanto intereses públicos como privados a través de una pluralidad de actores.

1.1 Principales actores involucrados en la actividad extractiva

En primer lugar, con el fin de entender las principales características del sector extractivo, es imprescindible conocer quién son los principales actores de esta industria.

El sector privado, fue quien inicialmente tuvo el protagonismo en la industria petrolera. Las grandes compañías petroleras angloamericanas fueron las que en el siglo pasado llegaron a controlar hasta el 85% de las reservas conocidas en aquella época⁴⁵⁷. El dominio se centró inicialmente en 7 grandes empresas, conocidas como “Las Siete Hermanas”⁴⁵⁸. Con el paso de los años se fue cediendo un mayor protagonismo a las llamadas National Oil Companies (NOC)⁴⁵⁹, como, por ejemplo: Saudi Aramco, National Iranian Oil Company, Qatar Petroleum, o Petróleos de

pp. 20-22. Para más información sobre la historia y contextualización del sector del petróleo véase: Fontaine, Guillaume, *El precio del petróleo. Conflictos socioambientales y gobernabilidad en la región amazónica*, Flacso Ecuador, 2015.

⁴⁵⁵ Hormaeche Azumendi, José Ignacio (et al), “El petróleo y la energía en la economía, Los efectos económicos del encarecimiento del petróleo en la economía vasca”, en *Dok Ekonomiaz*, 2008, p. 12.

⁴⁵⁶ *Idem*.

⁴⁵⁷ Miras Salamanca, Pedro (dir), ...*op. cit.*, p. 31

⁴⁵⁸ La Anglo-Iranian Oil Company -AIOC- (hoy BP); Gulf Oil Corporation; Standard Oil of California (Socal); Texaco (hoy Chevron); Royal Dutch Shell; Standard Oil of New Jersey (Esso); y Standard Oil Company of New York (Mobil) (hoy ExxonMobil). Actualmente, empresas como ExxonMobil, Shell o BP, son conocidas por ser empresas petroleras integradas, ya que realizan operaciones en las tres fases mencionadas; *upstream*, *midstream* y *downstream*. Por otro, lado también encontramos las denominadas empresas independientes de refinación (Marathon Petroleum o Phillips 66), centradas principalmente en el *downstream*, las empresas *midstream*, centradas en la recolección procesamiento y transporte o finalmente empresas de servicios petroleros, que proveen servicios al resto de empresas (como Schlumberger, Halliburton o Transocean).

⁴⁵⁹ Las NOC pueden dividirse en dos categorías: empresas petroleras nacionales no cotizadas en la bolsa de valores (100% propiedad del gobierno anfitrión, (no permiten la inversión privada) y las empresas petroleras nacionales cotizadas en la bolsa de valores (controladas sustancialmente por el gobierno anfitrión, admite la posibilidad de inversión privada).

Venezuela, SA. Las NOC llegarían a alcanzar el 75% de las reservas, mientras que las denominadas International Oil Companies (IOC) estarían en torno al 25%⁴⁶⁰. Sin embargo, evidentemente, el papel de los gobiernos es clave en el desarrollo de las actividades extractivas. Su principal rol empieza con el establecimiento de los marcos legales y normativos aplicables a la industria. Estas normas van a determinar la responsabilidad institucional del Estado con relación a la gestión del sector, desde el diseño y asignación de los pliegos, las autorizaciones y permisos, las concesiones, el otorgamiento de licencias y contratos, el monitoreo de la implementación, etc., así como el régimen fiscal que rige en el sector.

De este modo, en la actualidad puede decirse que el mercado mundial del petróleo está dominado por dos grupos de empresas: las transnacionales privadas y las estatales (como, por ejemplo, entre otras; China National Petroleum Corporation (China), China Sinopec Group (China), Gazprom (Rusia), Petróleos de Venezuela (Venezuela), National Iranian Oil (Irán), China National Offshore Oil Corporation (China), Petronas (Malasia). Así, la mayor parte de las reservas de hidrocarburos (un 85% aproximadamente) está en manos de gobiernos o de compañías estatales, mientras que la refinación y la logística del negocio siguen estando prioritariamente (más del 60%) en manos de empresas petroleras privadas occidentales que, además, son responsables de la mayor parte de los avances tecnológicos del sector⁴⁶¹.

Por otro lado, también hay otras entidades que han tenido un importante rol en el mundo del petróleo y el gas. En relación con los países productores, debe destacarse la conocida Organización de Países Productores de Petróleo⁴⁶² (OPEP) mientras que, por parte de los países consumidores pertenecientes a la OCDE, debe mencionarse a la Agencia Internacional de la Energía⁴⁶³. Asimismo, también cabe destacar la intervención del Consejo Mundial de la Energía y el Consejo Mundial del Petróleo.

⁴⁶⁰ Miras Salamanca, Pedro (dir), ...*op. cit.*, p. 31.

⁴⁶¹ De la Balze, Felipe, "Petróleo, gas natural y geopolítica" en *Estudios Internacionales 173*, Instituto de Estudios Internacionales - Universidad de Chile, 2012, p. 155.

⁴⁶² Fundada en 1960, es un organismo que agrupa a los principales exportadores de petróleo del mundo, y cuenta con 14 países miembros: Argelia, Angola, Congo, Ecuador, Guinea Ecuatorial, Gabón, Irán, Irak, Kuwait, Libia, Nigeria, Arabia Saudita, Emiratos Árabes Unidos y Venezuela.

⁴⁶³ La Agencia Internacional de la Energía, con sede en París, fue creada en noviembre de 1974, después de las crisis petroleras de los años 1973 y 1974, al objeto de coordinar las respuestas colectivas en casos de grandes cortes de suministro de petróleo. La forman actualmente 30 países pertenecientes a la OCDE.

Finalmente, y en el lado opuesto al gobierno, la sociedad civil también juega un papel importante en el buen desarrollo de este sector. Su participación será crucial para pedir la rendición de cuentas⁴⁶⁴.

Así, este primer análisis permite observar qué actores principales, entre otros, deberían estar presentes en el desarrollo de las iniciativas de RSE en la materia.

1.2 El impacto de la industria extractiva del petróleo y el gas en la economía

La contribución de las empresas extractivas en el desarrollo económico de un Estado puede reflejarse en la creación de trabajo, en su contribución fiscal, en las inversiones en infraestructuras, o en su grado de contribución sobre la comunidad local por ejemplo a través de la seguridad, la educación o la salud. Sin embargo, el debate sobre el impacto de las empresas extractivas en la economía de un país debe tener también en cuenta otras variables. Los ingresos procedentes de los recursos naturales presentan a menudo grandes desafíos en comparación con la gestión de los ingresos de otros sectores, habida cuenta que estos pueden variar ya sea debido a las fluctuaciones de los precios como consecuencia de la producción o los cambios producidos en las regalías⁴⁶⁵. Desde hace décadas la literatura ha intentado explicar por qué muchos de los países con grandes reservas de recursos naturales no han sabido transformar esa riqueza en prosperidad.

1.2.1 Barreras al desarrollo económico: la maldición de los recursos naturales

La relación entre abundancia de yacimientos minerales y el crecimiento económico sigue siendo actualmente objeto de controversia⁴⁶⁶. La “maldición de los recursos naturales” es probablemente el marco explicativo básico más extendido a partir del

⁴⁶⁴ *Vide infra*, Capítulo 4.

⁴⁶⁵ El artículo 360 de la Constitución Política de Colombia define regalías como “la contraprestación económica que surge de la explotación de un recurso natural no renovable y cuya titularidad es del Estado colombiano”.

⁴⁶⁶ Por ejemplo, Rosser, A., concluye su estudio con cuatro argumentos en este sentido. Primero, aunque la literatura sobre la maldición de los recursos proporciona evidencia considerable de que la abundancia de recursos naturales está asociada con varios resultados negativos de desarrollo, esta evidencia no es concluyente. En segundo lugar, las explicaciones existentes para la maldición de los recursos no explican adecuadamente el papel de las fuerzas sociales o los entornos políticos y económicos externos en la configuración de los resultados de desarrollo en los países con abundantes recursos, ni el hecho de que, si bien la mayoría de los países con abundantes recursos han tenido un desempeño pobre en términos de desarrollo, algunos han tenido un buen desarrollo. Tercero, las recomendaciones para superar la maldición de los recursos generalmente no han tenido en cuenta el tema de la viabilidad política. Y, finalmente, los académicos han sido demasiado reduccionistas en sus enfoques sobre los problemas de la maldición de los recursos y necesitan centrarse más en comprender la variación en los resultados de desarrollo entre los países ricos en recursos y las lecciones de políticas asociadas. Rosser, A., *The political economy of the resource curse: A literature survey*, en *Working Papers series*, 268, Institute for Development Studies, 2006.

cual se intenta entender los problemas de crecimiento económico de muchos de los países de África y Latinoamérica⁴⁶⁷.

Tras la Segunda Guerra Mundial, muchos estados diseñaron planes de desarrollo en los que se depositaban grandes esperanzas en la promesa económica que representaba la dotación de recursos naturales para alejarlos de la pobreza⁴⁶⁸. En los años 50 y 60, la relación entre el desarrollo económico y la abundancia de recursos naturales en ciertas economías dependientes de los recursos minerales empezó a ser un tema de constante debate entre economistas. La idea de “maldición” fue utilizada por Alan Gelb en su libro; “Oil windfalls-Blessing or curse?” publicado en 1988⁴⁶⁹. Gelb evaluó lo que supuso la riqueza generada por la explotación petrolera para seis economías emergentes (Argelia, Venezuela, Nigeria, Ecuador, Trinidad y Tobago e Indonesia). Este exhibió cómo estas economías emplearon esta riqueza y analizó las consecuencias de las políticas puestas en marcha por los gobiernos, llegando a la conclusión de que gran parte del beneficio económico potencial que podría haber aportado la riqueza en recursos naturales se había dilapidado, y que, de hecho, muchos productores en la industria petrolera vieron empeorada su situación, a pesar de la riqueza generada.

Pero fue Richard Auty, profesor de la Universidad de Lancaster, quien, en 1993, acabó de acuñar la idea de la “maldición de los recursos” a través de su obra “Sustaining Development in Mineral Economies; The resource curse thesis”⁴⁷⁰. En ella explicó por qué países con una mayor riqueza relativa de recursos naturales tendían a crecer a tasas inferiores que los países que tenían menos recursos naturales. Este trabajo fue reforzado por los resultados de Sachs y Warner⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ Aunque su alcance pueda ir más allá del sector de los hidrocarburos, esta expresión hace alusión a una propensión generalizada de aquellos países con grandes reservas de recursos naturales, o que experimentan shocks positivos en las dotaciones o en los precios relativos de sus recursos naturales al exhibir tasas de crecimiento económico inferiores a los demás países donde no se presentan. Rodolfo Morales, José, “¿Qué hay detrás de la Maldición de los Recursos Naturales? Estudio de Caso: Los Países Bajos”, en *Serie Documentos de Trabajo del IUDC-UCM (Premio Luis Miguel Puerto)*, 2012, p. 13.

⁴⁶⁸ Le Billon, P., “The Resource Curse” en *Adelphi Papers*, 45 (373), 2005, p. 11.

⁴⁶⁹ Gelb, A. and associates, *Oil Windfalls: Blessing or Curse?*, The World Bank and Oxford University Press, 1988.

⁴⁷⁰ Auty, R., *Sustaining Development in Mineral Economies: The Resource Curse Thesis*, Routledge, London, 1993.

⁴⁷¹ Sachs, J.D. y A.M. Warner, ...*op. cit.* En este estudio se estimó a través de regresiones econométricas que los países con más dependencia de la exportación de un recurso extractivo (más del 40% de su Producto interno bruto (PIB) habían crecido en el periodo 1970-1989 un promedio de un 1% menos que otros países en condiciones económicas e institucionales comparables, pero sin esa dependencia. Sin embargo, este extenso trabajo empírico tiende a ser muy sensible a un determinado período. En particular, gran parte del trabajo se centró en el período comprendido entre 1970 y 1990, cuando “los estados productores de petróleo tenían problemas económicos” (Ross, M., *The Oil Curse: How Petroleum Wealth Shapes the Development of Nations*, Princeton University Press, 2012, p. 190). También existe el argumento de que los altos precios del petróleo de la década de los 70 desencadenaron un auge de los préstamos entre los productores de petróleo, creando además un problema de deuda que condujo a un crecimiento más lento (Manzano, O. and Rigobon, R., ‘Resource curse or debt overhang’ en *National Bureau of Economic Research Working Paper 8390*, 2001.).

Existen numerosas investigaciones cuyo objetivo ha sido evaluar la relación entre esas tasas de crecimiento y el boom de los recursos naturales⁴⁷². Si bien, podría decirse que uno de los principales planteamientos se desarrolló de acuerdo con el conocido fenómeno “Dutch Disease” (enfermedad holandesa). La enfermedad holandesa⁴⁷³ ha sido un término utilizado⁴⁷⁴ para identificar las consecuencias desfavorables que pueden producirse en una economía nacional, cuando esta experimenta un crecimiento brusco de sus ingresos en divisas por la exportación de un recurso natural. El estudio más clásico sobre la "enfermedad holandesa" fue el realizado por Corden y Neary⁴⁷⁵.

En cualquier caso, sin entrar en un debate más extenso sobre estas teorías, en la actualidad resulta difícil pensar que alguien pudiera cuestionar que esta ineficiencia no es atribuible también a factores de orden interno, es decir a una mala gobernanza de los recursos por parte de los países huéspedes implicados⁴⁷⁶. Como expresó un periodista angoleño, encarcelado por denunciar la corrupción y la guerra en su país: “It’s fashionable to say that we are cursed by our mineral riches. That’s not true. We are cursed by our leaders”⁴⁷⁷.

1.2.2 El papel del precio del petróleo sobre la economía

A tenor de lo anterior, es pertinente hacer un breve apunte sobre el precio del petróleo como elemento clave en el debate económico, y por consiguiente, en el bienestar de la sociedad. Si se retrocede en el tiempo, se observa que los precios del petróleo han experimentado fluctuaciones muy significativas, provocando efectos importantes sobre la economía. Nueve de las diez últimas recesiones tras la Segunda Guerra Mundial fueron precedidas o causadas por perturbaciones en la economía

⁴⁷² Para más información véase autores como: Hutchinson, M. M., “Manufacturing sector resiliency to energy booms: Empirical Evidence from Norway, the Netherlands and the United Kingdom”, en *Bis Working Papers*, num. 13. Bank for International Settlements, Basle, 1990; Rodolfo Morales, José,....*op.cit.*; Rafael Aguirre Unceta, “Recursos naturales y desarrollo: los dilemas de una relación crítica” en *Documento de Trabajo núm. 39*, IUDC-UCM, 2017; Ross, M. L., “The Political Economy of the Resource Curse” en *World Politics*, 1999, pp. 297-322; Karl, T. L., *The Paradox of Plenty: Oil Booms and Petro-States*, University of California Press, 1997; Ross, M. L., “Does Oil Hinder Democracy?” en *World Politics*, Vol. 53, num. 3, 2001, pp. 325-361.

⁴⁷³ El término hace referencia a la evolución económica que se produjo en los Países Bajos, después del descubrimiento de abundantes yacimientos de gas, cuya exportación (a partir de 1963) generó un importante flujo de divisas. Se interpretó que, por diferentes vías (en particular la apreciación del tipo de cambio real del florín (moneda nacional en esa época), ese flujo generaba una pérdida de dinamismo y competitividad de otros sectores exportadores, en particular el manufacturero. Rafael Aguirre Unceta, ...*op.cit.*

⁴⁷⁴ *The Economist*, *The Dutch Disease*, November 26, 1977, pp. 82-83. “3

⁴⁷⁵ Para más información véase Corden, W.M. y J. P. Neary, “Booming Sector and De-Industrialisation in a Small Open Economy” en *The Economic Journal*, Vol. 92, num. 368, 1981, p. 825-848; Krugman, P., “The Narrow Moving Band, the Dutch Disease and the Competitive Consequences of Mrs. Thatcher” en *Journal of Development Economics* 27, 1987, pp. 41-55.

⁴⁷⁶ *Vide infra*, 2. Identificación de los principales riesgos para los derechos humanos derivados de la actividad extractiva del gas y el petróleo

⁴⁷⁷ Le Billon, Philippe, *Fuelling War: Natural resources and armed conflict*, London, Routledge, 2006, p. 8.

originadas por el precio del petróleo⁴⁷⁸. Estas fluctuaciones de los precios del petróleo pueden afectar a la economía de diferentes formas.

En primer lugar, puede suponer un incremento de los costes empresariales. Empezando, por ejemplo, por sectores como el agropecuario, el petroquímico y el transporte. Si estos no absorben el aumento del coste a través del margen empresarial y es repercutido en los precios, otros sectores también verán indirectamente aumentados sus costes de producción, y así sucesivamente. Por lo tanto, el aumento de los costes empresariales se traducirá en un encarecimiento de los bienes finales y en una posible caída de la actividad económica, lo que a su vez podría tener una clara afectación sobre el bienestar de la sociedad, y en definitiva sobre sus derechos más básicos⁴⁷⁹.

Por lo tanto, a escala macroeconómica, el encarecimiento del crudo podrá suponer un deterioro de la renta final disponible de las familias de los países importadores de petróleo, provocando una contracción en el gasto total de la economía y en la demanda agregada⁴⁸⁰. Además, un menor nivel de actividad económica (consumo, inversión, exportaciones) podrá implicar un descenso en la recaudación impositiva (Impuesto sobre el Valor Añadido, Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, impuesto de sociedades) y de las cotizaciones a la Seguridad Social, además de un aumento en el volumen de prestaciones por desempleo y de jubilaciones anticipadas, contribuyendo ambos aspectos a incrementar el déficit público o a reducir el superávit público⁴⁸¹.

Desde la perspectiva de la economía mundial, el encarecimiento del petróleo puede representar una pérdida de renta real nacional a favor de los países exportadores netos de crudo, mientras que el poder adquisitivo de los países importadores podrá verse disminuido, retrayéndose de esta forma la demanda mundial y frenando el crecimiento económico⁴⁸².

Finalmente, cabe resaltar que el dilatado aumento de los combustibles ha tenido un efecto depresivo sobre el comercio, en concreto respecto al comercio internacional de larga distancia. Debido a los crecientes precios del transporte de mercancías, algunos

⁴⁷⁸ Hormaeche Azumendi, José Ignacio (et al), ...*op. cit.* p. 195.

⁴⁷⁹ *Idem.*

⁴⁸⁰ *Idem.*

⁴⁸¹ *Ibidem*, pp. 195-196.

⁴⁸² *Ibidem*, p. 196.

estudios han mostrado que los costes de transporte de insumos y del producto terminado habían eliminado las ventajas de la mano de obra china⁴⁸³, y que al duplicar los costes de transporte se había reducido el valor de las importaciones (mundiales) entre 3 y 5 veces⁴⁸⁴.

1.3 La geopolítica de los hidrocarburos

El petróleo es un producto de una actividad comercial cuya naturaleza es global. Es decir, no sólo es un producto que se intercambia en el mercado internacional, sino que además es un recurso estratégico que genera complejas relaciones entre la economía y la política, en la que participan, como ya se ha expresado, diversos actores, en especial Estados y EMN⁴⁸⁵. En definitiva, un juego de actores en el que cada uno diseña su estrategia en función de sus aliados y contrincantes.

En los años cincuenta y sesenta, muchos países del sur perseguían una estrategia de desarrollo de los recursos humanos basada en la explotación de la fuerza de trabajo más que en la extracción de recursos naturales. Sin embargo, se afirma que muchos de estos países fueron empujados hacia una división internacional del trabajo en el que se les obligó a exportar materias primas a cambio de bienes manufacturados en el Norte⁴⁸⁶. Después de la Segunda Guerra Mundial, las necesidades de los países industrializados (que necesitaban más petróleo y gas del que podían producir) y de los países productores (con reservas excedentes y mercados internos limitados) convergieron en una larga relación, cuyas condiciones generalmente favorecían a los países ricos y a sus empresas petroleras. En estas décadas, la industria petrolera creció de manera continua y estuvo dominada por las citadas “Siete Hermanas”⁴⁸⁷, las cuales mantuvieron el control del mercado hasta los años 80. Aunque ya a principios de los años 60, se convocó en El Cairo el Primer Congreso Árabe del Petróleo, como reacción a las reiteradas reducciones unilaterales del precio del petróleo provocadas

⁴⁸³ Rubin, J. y Tal, B., “How important are transport costs for international trade” en *CIBC World Markets*, 2008.

⁴⁸⁴ Martínez Zarzoso, I. y Hoffmann, J., “Costes de transporte y conectividad en el comercio internacional entre la Unión Europea y Latinoamérica” en *Información Comercial Española*, núm. 834, 2007, pp. 45-59.

⁴⁸⁵ *Vide supra*, 2.2 Empresas multinacionales y estructura de poder en la globalización, Capítulo 1. *Vide supra*, 1.1 Principales actores involucrados en la actividad extractiva.

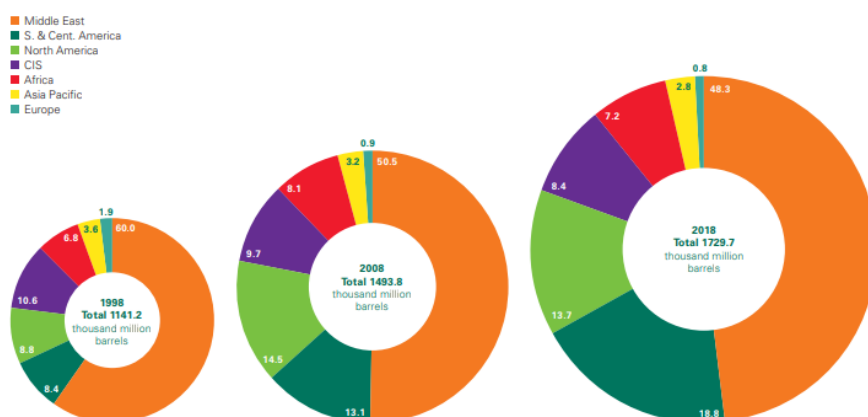
⁴⁸⁶ Veltmeyer, Henry, “Economía política de la extracción de recursos naturales: ¿nuevo modelo de desarrollo o imperialismo extractivo?”, en *Estudios Críticos del Desarrollo*, Vol. III, núm. 4, 2013, p. 13.

⁴⁸⁷ Para más información véase, Fontaine, Guillaume, *El precio del petróleo...op. cit.*

por estas empresas. Por lo que, esta dependencia empezó a deshacerse con la creación, por parte de los principales poseedores y productores de crudo, la OPEP⁴⁸⁸.

Así, en este contexto, y bajo intereses económicos (a pesar de la importancia que las energías renovables están adquiriendo, los combustibles fósiles, y en particular el petróleo, siguen conduciendo la economía y el desarrollo mundial) subyacen disputas de carácter geopolítico⁴⁸⁹. Por lo tanto, para entender el conglomerado de intereses es imprescindible saber dónde se encuentra principalmente el petróleo y quiénes son los principales productores y consumidores por región (véase la ilustración 1.1 y 1.2).

Ilustración 1.1 Distribución de reservas probadas en 1998, 2008 y 2018⁴⁹⁰



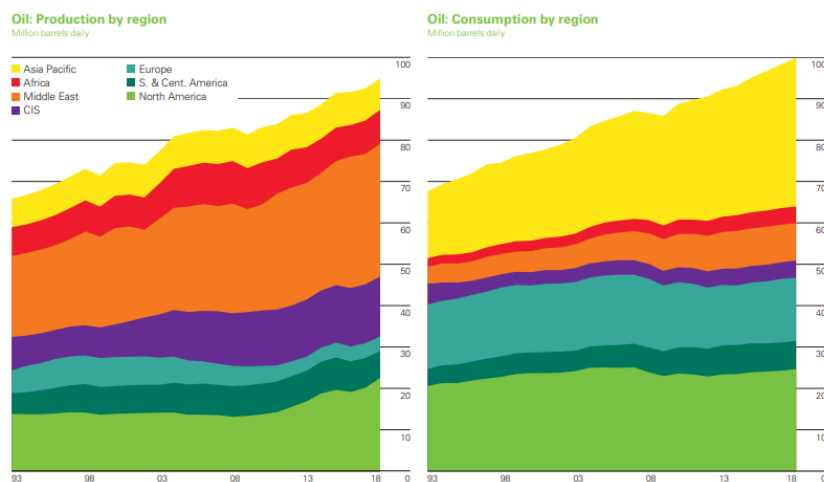
Fuente: BP Statistical Review of World Energy 2019.

⁴⁸⁸ Fundada en 1960, es un organismo que agrupa a los principales exportadores de petróleo del mundo, y cuenta con 14 países miembros: Argelia, Angola, Congo, Ecuador, Guinea Ecuatorial, Gabón, Irán, Irak, Kuwait, Libia, Nigeria, Arabia Saudita, Emiratos Árabes Unidos y Venezuela. En 2015, los países de la OPEP concentraban el 81% de las reservas mundiales de petróleo, habiendo disminuido tal cifra a un 79,4% en 2018. Se destaca Venezuela (25,5%), Arabia Saudita (22,4%), Irán (13,1%) e Iraq (12,2%), con un total de 73,2%. (OPEC, Annual Statistical Bulletin, 2016). En 2018, el porcentaje global disminuyó a un 79,4%, manteniéndose los porcentajes de reservas de estos países a los mismos niveles. OPEC, Annual Statistical Bulletin, 2019.

⁴⁸⁹ El desarrollo industrial y urbano a escala global sigue disparando la demanda de los hidrocarburos (esta aumentó un 1,8%, lo que supone 1,7 millones de barriles diarios, superando la media del 1,2% de la última década por tercer año consecutivo. China, con 500.000 barriles, y Estados Unidos, con 190.000, fueron los dos países que más contribuyeron a esta subida. BP, *Statistical Review of World Energy*, 2018.

⁴⁹⁰ Reservas probadas. Aquellas que la industria considera que pueden ser recuperadas en las condiciones económicas y operativas existentes.

Ilustración 1.2 Producción y consumo por región



Fuente: BP Statistical Review of World Energy 2019

Los anteriores datos muestran ciertos desequilibrios geográficos que pueden generar conflictos de intereses respecto a las existencias, la explotación y la futura demanda de los hidrocarburos. Un contexto espinoso y unas tensas relaciones por su control, que pueden verse además perjudicadas debido a factores como el miedo a que la creciente demanda tropiece con el techo de petróleo⁴⁹¹. También se ha de destacar la competencia sobre las rutas de los oleoductos para la exportación, ya que esta también genera grandes intereses sobre su control. Los países de tránsito no solamente obtienen rentas suculentas de las tasas, sino también una significativa influencia respecto al flujo de energía⁴⁹².

Teniendo en cuenta lo anterior, es sabido que grandes exportadores, como Rusia y Venezuela, han utilizado la provisión de petróleo y gas natural para impulsar sus

⁴⁹¹ Ya en los años 50 se empezaron a propagar las predicciones de renombrados geólogos del mundo, afirmando que la producción mundial de petróleo podría alcanzar el denominado “techo del petróleo”, es decir, su nivel de máxima producción sostenible, y que a partir de entonces se experimentará una bajada gradual de la producción. Esta conjetura no significa que la era del petróleo vaya a llegar a un fin abrupto, pero sí que las provisiones se irán recortando cada vez más, lo que previsiblemente podrá conducir al aumento del precio en el mercado mundial, así como a la intensificación de la competencia entre importadores (Renner, Michael, “La nueva geopolítica del petróleo”, en *Development num. 49*, Society for International Development, 2006, p. 123.). En el año 1956, el geofísico M. King Hubbert predijo el pico y la declinación de la producción de petróleo en América. King Hubbert, desarrollo una teoría durante 1950 la cual logró predecir con exactitud el pico en la producción de petróleo en Estados Unidos, en 1970. En este modelo, en una primera etapa la producción se incrementa rápidamente porque el primer petróleo extraído es más fácil de alcanzar; posteriormente éste llega a ser más difícil de extraer, dadas las profundidades a la que se encuentra. El pico de la producción se alcanza cuando la mitad del petróleo en el yacimiento ha sido extraída; entonces la producción comienza a declinar hasta un punto donde se estabiliza. El remanente que queda en el yacimiento no resulta económicamente viable extraerlo, dados los altos costos que esto implica. De tal suerte que la curva de Hubbert comienza en cero, se incrementa de forma exponencial durante un período, y finalmente declina de la misma forma hasta llegar a cero, punto que representa el agotamiento del recurso (Ramírez Villegas, Jaime, “Escasez o agotamiento del petróleo: una visión desde los Contratos de Futuros” en *Economía informa*, núm. 359, julio-agosto, 2009, p. 126). Otros geólogos como C. Campbell y J. Laherere o C. Hatfield llegaron a conclusiones similares (López A., José Hilario, “Geopolítica del petróleo y crisis mundial” en *Dyna*, Vol. 75, núm.156, 2008, p.2).

⁴⁹² Renner, Michael, *op.cit.*, p. 126.

objetivos de política exterior. Otros países petroleros, como Irán y Ecuador, han aprovechado su papel de proveedores de energía como arma en disputas diplomáticas. Asimismo, el poder del control de los hidrocarburos es altamente importante porque puede llegar a posibilitar que países pequeños como Bolivia establezcan los campos gasíferos de su principal compañía (Petrobras), y en consecuencia, puedan afectar a los intereses estratégicos de otros países, como ha sido el caso de Brasil⁴⁹³. Además, ante una coyuntura de escasez y creciente dependencia de la importación, la “seguridad energética” se ha convertido en una preocupación central en la política de las grandes potencias. Por ello, se ha afirmado que, principalmente Estados Unidos y Europa, muestran signos de utilizar su influencia diplomática, e inclusive su poder militar, para proteger las vías de suministro, mantener la estabilidad de las regiones petroleras y defenderlas de cualquier ataque externo⁴⁹⁴.

Por lo tanto, como se analizará más adelante, tanto los intereses económicos y la geopolítica, junto al propio comportamiento de las empresas extractivas en el desarrollo de su actividad, y su indudable poder fáctico en la compleja estructura de la globalización como empresas multinacionales⁴⁹⁵, van a plantear significativos desafíos. Lo anterior no hace más que acreditar la necesidad de tomar en consideración la gobernanza de este sector, tanto por parte de los gobiernos, como por parte de las empresas y la sociedad civil⁴⁹⁶.

1.4 Relevancia jurídico internacional: la soberanía permanente de los recursos naturales

Para entender el papel de las empresas extractivas hay que partir de la posición jurídica del Estado. El principio de igualdad soberana (art. 2.1 de la Carta de Naciones Unidas) y su corolario de la “soberanía permanente sobre los recursos naturales”, es hoy un principio estructural del derecho internacional público. Una parte esencial del contenido de la soberanía de los Estados fue proclamada mediante la Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, titulada “Soberanía permanente sobre los recursos naturales”. Esta resolución fue impulsada por los países

⁴⁹³ De la Balze, Felipe, ...*op.cit.*, p. 159.

⁴⁹⁴ *Idem*.

⁴⁹⁵ *Vide supra*, 2.2.2 Empresas multinacionales y estados: cooperación y conflicto de intereses, Capítulo 1.

⁴⁹⁶ Más adelante se analizará cómo el sector extractivo se está dotando de herramientas para contribuir a mejorar los principales riesgos de su actividad. *Vide infra* 3. Gobernanza transnacional y las iniciativas voluntarias y Capítulo 4.

de reciente independencia más los Estados latinoamericanos. Su contenido básico, como es notorio, otorga a los Estados el derecho (y el deber) de ejercerla para el desarrollo nacional y el bienestar del pueblo, señalando que “la exploración el desarrollo y la disposición de tales recursos, así como la importación de capital extranjero para efectuarlos, deberán conformarse a las reglas y condiciones que esos pueblos y naciones libremente consideren necesarios o deseables para autorizar, limitar o prohibir dichas actividades”⁴⁹⁷.

Por otro lado, cabe resaltar que la Comisión Interamericana de Derecho Humanos reconoció la existencia del “derecho al desarrollo” y manifestó que este derecho implica que cada Estado es libre de explotar sus recursos naturales, incluso a través del otorgamiento de concesiones y de la aceptación de inversiones internacionales⁴⁹⁸. Asimismo, matizó que si bien las normas del sistema interamericano de derechos humanos no impiden ni desalientan el desarrollo, sí que se exige que este tenga lugar en condiciones tales que se respeten y se garanticen los derechos humanos de los individuos afectados⁴⁹⁹.

De este modo, como se ha adelantado⁵⁰⁰, son los gobiernos de los Estados los que ejercen el pleno control de sus bolsas de gas y petróleo, es decir, deciden si se debe explorar, y evalúan la viabilidad comercial; resuelven el modo en que se produce su explotación (mediante empresas nacionales públicas o privadas, o con la concurrencia de empresas extranjeras o de capital extranjero); deciden también *cómo* se lleva a cabo (concurso público o contratación discrecional); *con qué* contraprestaciones cualquiera de esas empresas accede a la explotación de sus recursos soberanos, y *cuál* es la legislación aplicable a los procesos de exploración y explotación de los mismos. Todo ello orientado por los criterios fijados por las autoridades nacionales, no sustituibles, en virtud del principio de independencia política (2.4 de la Carta), de no injerencia en los asuntos internos (2.7 de la Carta), y del propio principio de igualdad soberana, o por los gustos o criterios de un tercero (sea otro Estado, una Organización Internacional o la más prestigiosa de las ONG). Todo ello sin olvidar, tal y como ha

⁴⁹⁷ Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, titulada "Soberanía permanente sobre los recursos naturales".

⁴⁹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*, OEA/SerieL/V/II.96, doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997, CAPÍTULO VIII.

⁴⁹⁹ *Idem*.

⁵⁰⁰ *Vide supra*, 1.1 Principales actores involucrados en la actividad extractiva, Capítulo 3.

expresado el EITI que, “los recursos naturales de un país pertenecen a sus ciudadanos”⁵⁰¹.

En otras palabras, corresponde a las autoridades nacionales identificar cuál es “el interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado en donde gobierna”, y a partir de ahí, determinar qué se hace con sus recursos naturales, por ejemplo, el gas y el petróleo. Es sabido además que estas normas generales del derecho internacional dieron lugar, desde finales de los años 60 y en los 70, a uno de los períodos de mayor número de nacionalizaciones de recursos naturales de la historia. Ahora bien, ¿qué sucede si las autoridades gubernamentales de un Estado no desean o no pueden orientar su acción legislativa y ejecutiva hacia el bienestar social?⁵⁰² Emergen aquí problemas jurídicos, políticos y éticos de muy difícil gestión.

Es ampliamente conocido el caso exitoso de Noruega como modelo de gestión racional de sus abundantes recursos naturales ubicados en la plataforma continental del Mar del Norte⁵⁰³. El contraste más brutal en el modelo de gobernanza de esos recursos petrolíferos se encontraría en países como Venezuela o Nigeria, por poner dos ejemplos, sumidos de modo continuo en el caos político, la corrupción y unos altos índices de pobreza, desigualdad y bajo desarrollo social, a pesar de haber sido bendecidos por la naturaleza con recursos energéticos susceptibles de dar lugar a la aparición de dos países con las rentas más altas de planeta⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ EITI, *EITI Progress Report 2016*, 2016, p. 7.

⁵⁰² En este sentido debe recordarse que el Estado es quien ostenta el monopolio de la legislación/coerción y el principio de la soberanía de los recursos naturales como vectores cruciales del poder de intervención del Estado en la economía. *Vide supra*, 2.2.2 Empresas multinacionales y estados: cooperación y conflicto de intereses, Capítulo 2.

⁵⁰³ Noruega constituye un buen ejemplo de país con una elevada renta por la extracción de sus recursos naturales y se constituye como un ejemplo donde las políticas sociales y económicas se han combinado para conseguir un desarrollo sostenible y justo y como país que dispone actualmente del mejor Índice de Desarrollo Humano. Disponible en <http://hdr.undp.org/es/data>. Recuperado en junio de 2021. Se trata de un país con abundantes recursos naturales que registra un excedente en su comercio de mercancías desde hace más de 20 años. Debido al considerable volumen de sus exportaciones de petróleo crudo y gas natural, el superávit por cuenta corriente excedió del 10 por ciento anual durante el período 2007-2011. A fines de marzo de 2012, los activos del Fondo se valoraban en 3,5 billones de coronas noruegas (460.000 millones de euros). Desde 1995, el presupuesto del Gobierno central se ha saldado con un excedente cada año. Organización Mundial del Comercio, *Examen de las políticas comerciales*, Informe de la Secretaría Noruega, WT/TPR/S/269, 21 de agosto de 2012.

⁵⁰⁴ A través del análisis de la implementación del EITI en Nigeria y Colombia se observará cómo estos países gestionan sus recursos naturales. *Vide infra*, Capítulo 4.

1.5 Breve revisión estadística del estado de la energía mundial

Finalmente, es pertinente hacer una breve exposición del estado actual de la energía mundial con el fin de conocer hacia dónde se dirige el sector, y si, por lo tanto, realmente se configura como un sector fundamental todavía en el futuro⁵⁰⁵. En ese sentido, se ha recordado que la creencia de que los recursos naturales son ilimitados empezó a dejar paso a la afirmación de que éstos son limitados, y que los residuos producidos por el consumo cada vez mayor de energía y materias primas ponen en peligro la capacidad de absorción del ecosistema⁵⁰⁶. Sin embargo, a pesar del aumento de la demanda de energías más limpias y productos sostenibles, y que los inversores se muestran cada vez más escépticos sobre la voluntad o capacidad de las empresas energéticas de adoptar modelos de negocio capaces de generar un impacto social o medioambiental positivo, se espera que este sector continúe al alza en los próximos años.

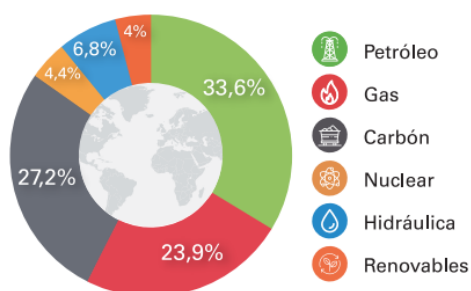
Muestra de ello es que el consumo actual ha aumentado la demanda general. Según los datos proporcionados por el BP Statistical Review of World Energy 2019, el incremento del consumo se observó en prácticamente todos los tipos de combustible. Con un 5,3% más de demanda, el gas natural alcanzó una de las tasas más elevadas de los últimos 30 años, e implicó casi el 45% del aumento del consumo mundial de energía. En cambio, el aumento de las renovables, del 14,5%, fue levemente menor al que se produjo el año anterior, si bien se trata de una de las fuentes de energía que ha crecido más rápidamente a nivel global. A continuación, se muestran gráficamente algunos datos:

⁵⁰⁵ La importancia de conocer cuál será la tendencia del sector es debido a que, como ya se ha expresado, se trata de un sector económico estratégico que tiene una gran repercusión a escala mundial del que surgen muchos intereses a nivel político y económico. *Vide supra*, 2.1 El impacto de la industria extractiva del petróleo y el gas en la economía y 1.3 La geopolítica de los hidrocarburos.

⁵⁰⁶ Creencias que empezaron a tomar forma debido a las advertencias que los informes del Club de Roma: *Los límites del crecimiento* (1975); *Factor 4* (1997) y *Nuestro futuro común* (1987) pusieron de manifiesto. Saura Calixto Pilar y Hernández Prados María Ángeles, “La evolución del concepto de sostenibilidad y su incidencia en la educación ambiental” en *Teoría de la Educación, Revista Interuniversitaria*, núm. 20, 2008, p. 180. En gran medida se empieza a entender que los problemas ambientales surgen de una relación ser humano-naturaleza basada en el dominio y la explotación ilimitada de los recursos naturales y en un sistema económico de producción y distribución de la riqueza que genera la sobreexplotación de estos recursos, provocando la degradación del medio ambiente e impactando de manera negativa sobre los derechos humanos. La Declaración final de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente celebrada en Estocolmo, en junio de 1972, planteó así por primera vez, que el problema del medio ambiente es fundamentalmente un problema de las naciones industrializadas, y que el desarrollo económico existente es altamente depredatorio de los recursos naturales por lo que se hacen inevitables fuertes cambios en los modos de producción, distribución y consumo. Escámez, J., García, R. y Pérez C., “La educación moral ante el reto de la pobreza”, en *Teoría de la Educación, Revista Interuniversitaria*, núm. 15, 2003, citado en Saura Calixto Pilar y Hernández Prados María Ángeles, *op.cit.*, p. 181.

Ilustración 1.3 La energía en el mundo

Mix de energía primaria mundial

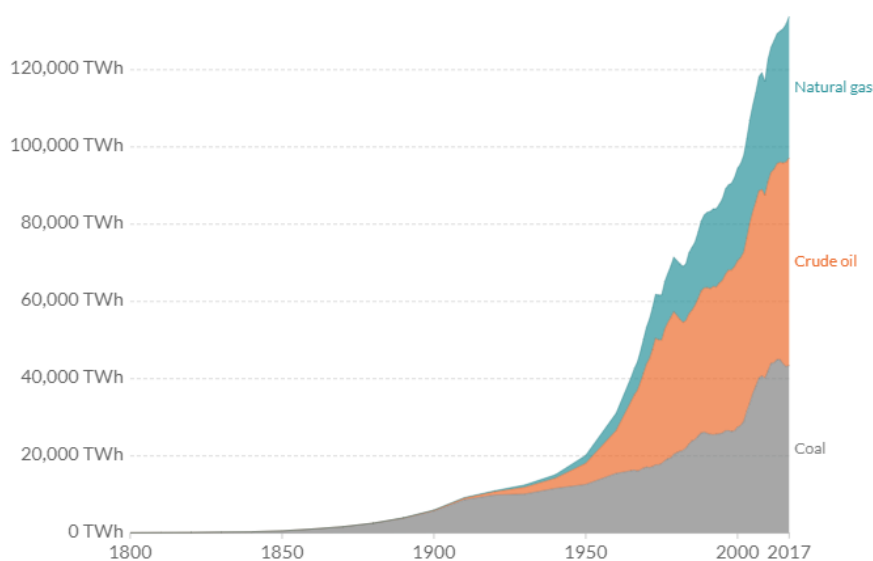


Variación del consumo de energía 2018 vs 2017



Fuente: BP Statistical Review of World Energy 2019⁵⁰⁷.

Gráfico 1.3 Evolución del consumo mundial de combustibles fósiles a largo plazo



Fuente: Our World in Data⁵⁰⁸

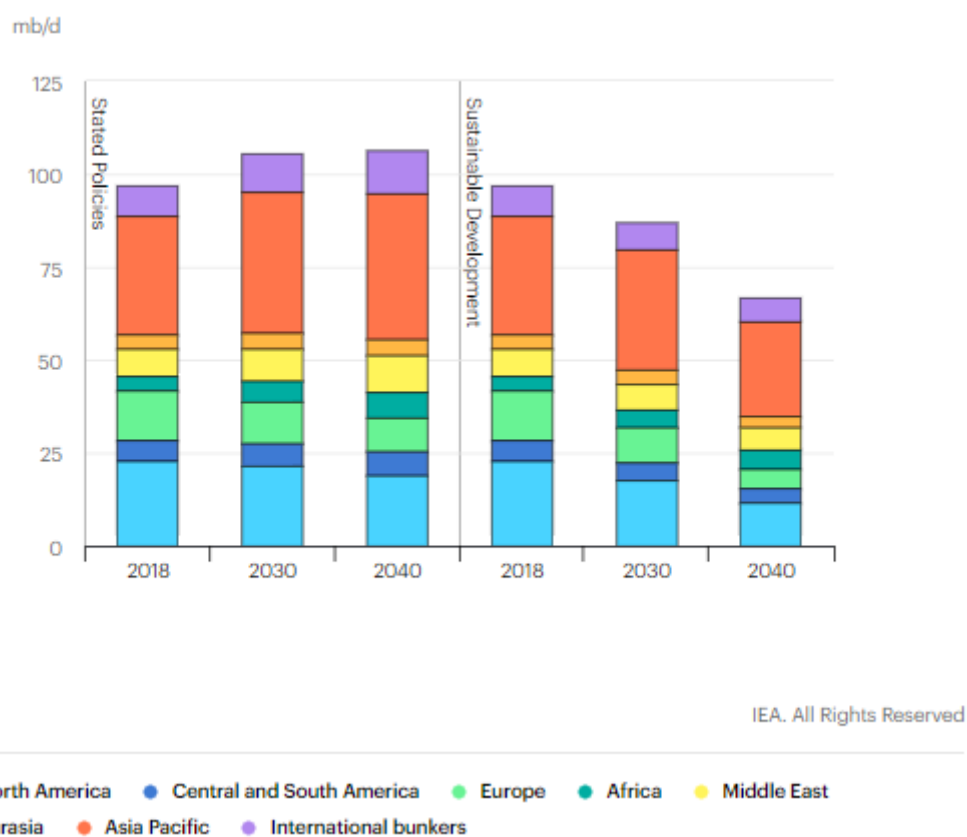
Pero ¿hacia dónde nos dirigimos? En este sentido, son interesantes los diferentes escenarios planteados por la Agencia Internacional de la Energía. En el escenario de

⁵⁰⁷ BP, *Statistical Review of World Energy*, 2019.

⁵⁰⁸ Our World in Data. Disponible en: <https://ourworldindata.org/fossil-fuels>. Recuperado enero de 2021.

Nuevas Políticas, el crecimiento de la demanda se presenta fuerte hasta 2025, pero este se ralentizaría a partir de ahí y la demanda alcanzaría los 106 millones de barriles por día en 2040. En el Escenario de Desarrollo Sostenible, la escala, el alcance y la velocidad sin precedentes de los cambios en el panorama energético pintan una imagen muy diferente: la demanda pronto alcanzaría su punto máximo y se pronostica una caída de al menos 67 millones de barriles por día en 2040⁵⁰⁹.

Gráfico 1.4 Demanda de petróleo por región y escenario, 2018-2040



Fuente: World Energy Outlook 2019⁵¹⁰

Por lo tanto, si se tiene en cuenta que, en la actualidad el petróleo sigue siendo parte esencial de nuestras vidas, y afecta de forma directa a la economía, al medio ambiente, a cuestiones de carácter social y a la geopolítica, es esencial establecer una correcta gestión que asegure el desarrollo actual y el de las generaciones futuras. De este modo, a continuación, se identificarán cuáles son los riesgos asociados a esta

⁵⁰⁹ Agencia Internacional de la Energía, *World Energy Outlook*, 2019

⁵¹⁰ *Idem*.

industria para así poder determinar sobre qué ámbitos debería centrarse la gobernanza del sector.

2. Identificación de los principales riesgos para los derechos humanos derivados de la actividad extractiva del gas y el petróleo

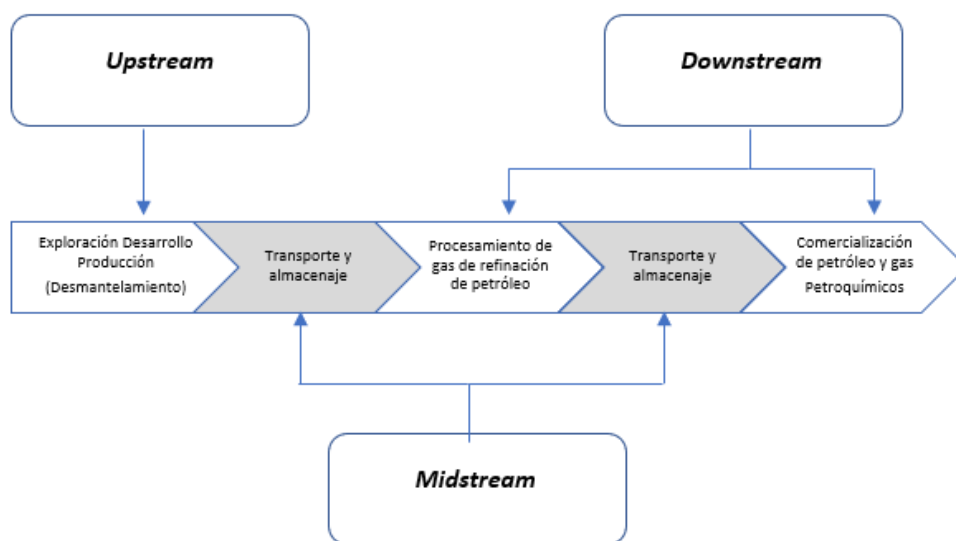
Los proyectos extractivos pueden implicar, entre otras circunstancias, la pérdida de tierra y de la propiedad, los derechos territoriales de los pueblos indígenas y la pérdida del patrimonio cultural, contaminación, la relocalización y desplazamiento de los individuos que habitan en dichas tierras (en especial la población indígena), la destrucción del hábitat de la flora y la fauna o factores de riesgo en el trabajo. Asimismo, también son riesgos asociados al sector extractivo, la tendencia a establecer términos de concesión débiles o poco beneficiosos, la falta de transparencia con respecto a las regalías pagadas, y las ganancias obtenidas o la evasión de impuestos (que conduce a flujos financieros ilícitos). Así, estas y otras circunstancias podrán generar impactos negativos sobre los derechos humanos⁵¹¹.

Unos desafíos que surgen ya en las primeras etapas del proyecto, es decir en la fase del diseño de las políticas y del marco legal, y son más evidentes en las etapas relativas al tratamiento y en la asignación de los ingresos, como también en las relativas al desarrollo sostenible de estos recursos. Es nuestro entender que en materia de derechos humanos es de vital importancia que cada fase del ciclo de vida del proyecto sea evaluada de forma individual, ya que las actividades llevadas a cabo en cada una de ellas tendrán un impacto diferente. Por ello, en primer lugar es esencial conocer la estructura del petróleo y el gas a través de la cadena de valor. Así, las actividades del sector son generalmente agrupadas en tres grupos; “*upstream*”, “*midstream*” y “*downstream*”⁵¹² (véase ilustración 1.4):

⁵¹¹ *Statement of the Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA).... op. cit.* . Experiencias en la República Democrática del Congo o Sierra Leona han demostrado que las empresas extractivas no generan necesariamente amplios beneficios a la mayoría de la población, afirmando sin embargo que a menudo generan impactos negativos. En este sentido, se ha de recordar que, como parte de su responsabilidad corporativa de respetar los derechos humanos, se espera que las empresas no solo eviten causar o contribuir a impactos adversos sobre los derechos humanos, sino que también aborden los “impactos sobre los derechos humanos que están directamente relacionados con sus operaciones, productos o servicios por sus relaciones comerciales, incluso si no han contribuido a esos impactos”. Ver los Principios Rectores de la ONU, Principio 13 (b) y el Comentario adjunto. *Vide supra*, Capítulo 2.

⁵¹² Las actividades comprendidas en el *Upstream* comienzan con la “exploración”, es decir comprende aquellas actividades relativas a la búsqueda de petróleo y gas, así como la evaluación de las proporciones existentes para su posible explotación. Este proceso puede llevar entre 3 y 10 años para completarse. A continuación, en caso de que los resultados indiquen que la producción comercial es viable empezará la etapa de “desarrollo”, la cual incluye aquellas actividades e inversiones dirigidas a preparar el terreno para la producción comercial; esto es carreteras, pozos, plataformas, instalación de producción, equipos de procesamiento y medición, etc. Este estadio puede llevarse a cabo entre 2 y 4 años (dependiendo de las particularidades del proyecto y la región).

Ilustración 1.4 Estructura de la industria de petróleo y gas



Fuente: UNCTAD⁵¹³

De este modo, de conformidad con las características del sector y su cadena de actividades, el siguiente apartado pretende explorar los principales desafíos y riesgos a los que se expone el sector de los hidrocarburos, los cuales han sido desglosados en 3 grandes grupos: i) los derechos humanos frente a las fuerzas de seguridad y la intensificación de los conflictos armados; ii) los derechos humanos y el medio ambiente: impacto ambiental del sector de los hidrocarburos y los derechos de la población indígena, y iii) el impacto de la corrupción sobre los derechos humanos⁵¹⁴.

2.1 Los derechos humanos frente a las fuerzas de seguridad en el sector extractivo y la intensificación de los conflictos armados

Derivado en gran medida por una mala gobernanza, se ha manifestado que la explotación de recursos naturales es un factor clave en el estallido, la intensificación

Esta primera etapa finaliza con la fase de “producción”, y comprende todas las actividades de extracción comercial de petróleo y gas desde el depósito. Esta suele tener una duración entre 15 y 25 años y puede tener un gran impacto sobre el medioambiente y la salud tanto de los trabajadores como de la población ya que la extracción puede comportar por ejemplo fuegos y explosiones (Epstein, Paul R. y Selber Jesse (ed), Oil: a life cycle analysis of its health and environmental impacts, The Center for Health and the Global Environment Harvard Medical School, Boston, 2002, pp. 12-14). La segunda fase, conocida como *midstream*, se compone de bienes y servicios que proporcionan un vínculo entre la oferta y la demanda de la cadena de valor, e incluye las actividades relativas al almacenamiento y transporte del petróleo, el gas o productos procesados. Finalmente, el *downstream*, cubre las actividades que van desde el refino/tratamiento de los hidrocarburos a su venta a los consumidores finales. Sigam, Claudine y Garcia, Leonardo,...*op.cit.* pp. 3-4.

⁵¹³ *Ibidem*, p. 3.

⁵¹⁴ Aunque no se ha incluido, no podemos obviar, que, como toda actividad empresarial, existen riesgos hacia los derechos laborales de carácter fundamental (libertad sindical, negociación colectiva, no discriminación, prohibición del trabajo forzoso, trabajo digno y en condiciones saludables). La fuente de esos riesgos se encontraría repartida entre las propias conductas de la empresa hacia sus trabajadores y la acción/pasividad legislativa y laboral del Estado huésped. No obstante, en este apartado únicamente nos vamos a centrar en estos tres grandes grupos, ya que han sido considerados como específicos del sector.

o la continuación de los conflictos violentos en todo el mundo⁵¹⁵. En los últimos sesenta años, más del 40% de los conflictos civiles estaban relacionados con la gestión de los recursos naturales⁵¹⁶. Con independencia del origen, los conflictos van a tener un fuerte impacto sobre los derechos humanos en tanto estos pueden ser vulnerados como causa del conflicto o como resultado de este.

El conflicto puede producirse en todas las etapas del ciclo de desarrollo de las actividades extractivas, incluida la exploración y el descubrimiento, en la definición y asignación de la tenencia o la concesión, en la construcción de la infraestructura de acceso y operativa, durante el desarrollo del proyecto de explotación, e incluso durante el proceso de desmantelamiento⁵¹⁷. Es decir, cuando la explotación comercial llega a su fin, se inicia el cierre de las instalaciones de producción y se procede a la rehabilitación del área. Esto implicará la eliminación de edificios y equipos, la restauración del sitio a unas condiciones ambientalmente racionales, la aplicación de medidas para promover la revegetación, y el seguimiento continuo del lugar después del cierre. Una incorrecta gestión de este proceso podría afectar la subsistencia de la comunidad, y por consiguiente, generar, una vez más, conflictos entre la comunidad y la empresa⁵¹⁸.

Por otro lado, el conflicto puede surgir también por el desacuerdo en relación con la gestión, la distribución o la protección del recurso natural y los ecosistemas conexos⁵¹⁹. Es decir, se busca el control del recurso natural, siendo este el vector que pueda desencadenar el inicio del conflicto, aunque el origen probablemente tenga un carácter político⁵²⁰. De este modo, en muchas áreas del mundo marcadas por

⁵¹⁵Kaye Josie Lianna y Yahya Mohamed (ed), *Kit de herramientas y orientación para la prevención y Gestión de conflictos de tierras y recursos naturales; Industrias extractivas y conflicto*, Equipo Marco Interinstitucional para la Acción Preventiva de la ONU, 2008, p. 6. Por ejemplo, es probable que ocurran conflictos violentos en situaciones tales como: cuando las comunidades locales han sido sistemáticamente excluidas de los procesos de toma de decisiones; cuando los beneficios económicos están concentrados en manos de unos pocos; o cuando los impactos de las empresas extractivas colisionan con las normas sociales, culturales, religiosas y ambientales locales, o se alinean con las tensiones preexistentes.

⁵¹⁶ Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), *Del conflicto a la consolidación de la paz: la función de los recursos naturales y el medio ambiente*, 2009, p. 2.

⁵¹⁷ Kaye Josie Lianna y Yahya Mohamed (ed), ...*op.cit.*, 12.

⁵¹⁸ Barclay I, Pellenbarg J, Tettero F, Pfeiffer J, Slater H, Staal T, Stiles D, Tilling G, & Whitney C., El Principio del Fin: Revisión de las prácticas de abandono y desmantelamiento, en *Oilfield Review*, 2002, 28-41. Un ejemplo sería el caso del proceso de desmantelamiento y privatización de Pemex. Este proceso tuvo provocó nuevas tensiones en la relación de la empresa con los habitantes, como consecuencia de la entrada de nuevos actores, empresas privadas y el uso de modernas maquinarias y tecnologías que ejercieron impacto en el medio ambiente. Chenautm Victoria, "Impactos sociales y ambientales de la explotación de hidrocarburos en el municipio de Papatla, Veracruz (México)" en *e-cadernos CES, OpenEdition Journals*, 28, 2017, p. 96

⁵¹⁹ Kaye Josie Lianna y Yahya Mohamed (ed), ...*op.cit.*, p. 9.

⁵²⁰ En el este de la República Democrática del Congo, la guerra con motivos políticos y geopolíticos también tomó la forma de una guerra económica por el control de minerales como el oro, el estaño, el tungsteno y el tantalio. Algunos grupos son acusados de permanecer en la zona desde 1998 y de perpetuar el conflicto refugiándose detrás de reivindicaciones políticas. Consejo de seguridad de la ONU, <http://www.un.org/News/fr-press/docs/2002/cs2382.doc.htm>. Recuperado en mayo de 2020. Los factores

conflictos, los recursos naturales contribuyen a financiar actores armados violentos, responsables de graves violaciones de los derechos humanos⁵²¹, provocando la intensificación o continuación del conflicto⁵²². Unos conflictos que, en ocasiones, se han visto sustentados por la intrusión de potencias extranjeras con una alta intervención militar (a lo que se suman los intereses del sector armamentístico⁵²³).

Asimismo, se observa el aumento del uso de las fuerzas de seguridad por parte de las empresas extractivas, públicas y en especial privadas, tanto en tiempos de paz como en territorios que se encuentran en conflicto, con el fin de garantizar la seguridad del comercio y la extracción de los recursos naturales. Podría decirse que la problemática no reside en el uso de las fuerzas de seguridad sino en la violencia que, tal y como se ha demostrado, estos cuerpos han llegado a ejercer sobre las personas⁵²⁴. Los servicios de seguridad y vigilancia privada son un complemento de la actividad del Estado, y no deben ser entendidos como sustitutos del deber estatal (tal y como expresan las propios Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos⁵²⁵).

ambientales son rara vez, o nunca, la única causa del conflicto violento. El origen étnico, las condiciones económicas adversas, los bajos niveles de intercambios comerciales internacionales y los conflictos en países vecinos promueven significativamente la violencia. Sin embargo, la explotación de los recursos naturales y otras tensiones ambientales conexas pueden influir en todas las fases del ciclo del conflicto, desde contribuir a la aparición y perpetuación de la violencia, hasta debilitar las perspectivas de lograr la paz. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Del conflicto a la consolidación...op.cit.* p. 2.

⁵²¹ En muchas ocasiones la presencia tanto las empresas extractivas como los actores armados, ha configurado una coexistencia de unos y otros, en la cual las primeras se han favorecido de la actividad de los segundos, como podría ser el caso de Colombia.

⁵²² En Colombia, el dinero del petróleo y el narcotráfico han alimentado y han complicado la guerra civil que se libra desde la década de los ochenta. En Angola, desde finales de la década de los ochenta y hasta el 2002, el gobierno ha usado los ingresos del petróleo para luchar contra los rebeldes de UNITA que a su vez se financiaban con las ventas ilícitas de diamantes. En Sudán, el descubrimiento de petróleo fue un factor fundamental en la escalada de la guerra civil entre el gobierno central de Sudán y grupos del sur del país. Hasta que se firmó un acuerdo de paz, el gobierno utilizó una estrategia de tierra quemada para despoblar y controlar las zonas ricas en petróleo. En el Delta del Níger en Nigeria, los ingresos per cápita se mantienen por debajo de un dólar estadounidense por día a pesar de la gran riqueza en petróleo de la zona. Las milicias en el Delta han recurrido progresivamente a los secuestros y a la violencia, manifestando su oposición a la explotación de petróleo que beneficia principalmente a las compañías petrolíferas extranjeras y a miembros corruptos del gobierno. En la provincia de Aceh en Indonesia, los deseos secesionistas fueron avivados por una combinación volátil de explotación de recursos injusta, centralización del poder político y una férrea represión. Fue necesaria la inmensa destrucción provocada por el tsunami en diciembre de 2004 para alterar fundamentalmente las dinámicas surgidas tras 29 años de conflicto y por lo tanto hacer que un acuerdo de paz fuera posible. Renner, Michael,.... *op.cit.*, pp. 124-125

⁵²³ Se trata de cuestiones geopolíticas marcadas por el interés de controlar los recursos naturales. Por ejemplo, en el Mar del Sur de China, China, Vietnam y Taiwán han venido reclamando para sí las Islas Paracelso, mientras que Nigeria y Camerún han mantenido un conflicto con el fin de hacerse con la península de Bakassi, rica en petróleo. Renner, Michael,.... *op.cit.*, pp. 125-127.

⁵²⁴ Por ejemplo, son casos altamente preocupantes, la brutalidad con la que estos cuerpos tienden a silenciar protestar contra un determinado proyecto, llegando incluso a extralimitarse en sus funciones. Para empeorar aún más las cosas con respecto a la protección de los derechos humanos, en muchos países se tiende a criminalizar las protestas de los ciudadanos. En noviembre de 2007, los residentes de Dayuma, en la provincia de Orellana, pidieron que las empresas contrataran a más residentes locales, y pagaran sus impuestos y los derechos de explotación directamente al gobierno local, para que ese dinero pudiera invertirse en servicios básicos e infraestructura de la provincia. Como parte de la protesta, la comunidad bloqueó la Vía Auca y, según los informes, con ello recortó la producción de petróleo en un 20 por ciento. Se declaró un estado de emergencia que "autorizo a la Fuerza Pública intervenir con el propósito de despejar las vías interrumpidas y garantizar la operación de producción y transporte de petróleo. Según la Defensoría del Pueblo, 11 manifestantes fueron detenidos y al menos 26 se enfrentaban a cargos de terrorismo y sabotaje. Amnistía Internacional, *Para que nadie reclame nada ;criminalización del derecho a la protesta en Ecuador?*, 2012, p. 8.

⁵²⁵ En particular estos Principios señalan que "Donde los gobiernos anfitriones son incapaces o no están dispuestos a proporcionar seguridad para proteger al personal y los activos de una Compañía, puede ser necesario contratar compañías de seguridad privada, como complemento a la seguridad pública". Véase también el apartado 3.3.7 Los principios voluntarios de seguridad y derechos humanos.

Muchos son los ejemplos que ponen en evidencia esta situación. Por ejemplo, se han destacado violaciones de los derechos de la mujer y los derechos del niño, y abusos contra la vida de las personas,⁵²⁶ así como abusos contra los defensores de derechos humanos⁵²⁷. Por lo tanto, una seguridad que presenta riesgos, tanto en el acceso a los recursos naturales, como en las relaciones con los propios trabajadores, así como en las relaciones con los pequeños propietarios o las comunidades locales. Igualmente, no se ha de olvidar que las empresas también pueden ser cómplices por las violaciones de los derechos humanos cometidas por las autoridades estatales⁵²⁸.

Como es sabido, los impactos negativos a nivel medioambiental, económico, social o cultural también pueden generar situaciones de conflictividad entre la comunidad y la empresa, como ha podido observarse en Nigeria⁵²⁹, Ecuador⁵³⁰ o Papua Nueva Guinea⁵³¹, ya que los daños directos e indirectos ocasionados, junto con el colapso de las instituciones, pueden dar lugar a riesgos ambientales que amenazan la salud de las personas, los medios de subsistencia y la seguridad⁵³². Igualmente, el propio medio ambiente puede verse afectado por los conflictos, es decir, la guerra y los conflictos armados pueden provocar una acelerada degradación ambiental (contaminación de ríos, quema de cosechas, tala de bosques, etc.), situando así al medio ambiente como una víctima más, a la que por lo general no se le presta demasiada atención. A mayor abundamiento, se ha manifestado que existe una clara evidencia de que la acumulación excesiva de armas desvía los recursos necesarios para el desarrollo e impulsa los conflictos armados y la violencia, provocando muertes y sufrimiento innecesarios, desigualdad social y degradación ambiental⁵³³.

⁵²⁶ Karska, Elzbieta, "Human rights violations committed by private military and security companies: an international law analysis" en *Joaçaba*, Vol. 17, num. 3, pp. 757-760.

⁵²⁷ Véase *infra*, 2. El derecho de participación en el EITI, Capítulo 4.

⁵²⁸ Gatto, Alexandra, *...op.cit.*, p. 11. Por ejemplo cuando una empresa asiste activamente, directa o indirectamente, a otros en la comisión de la violación de los derechos humanos; en segundo lugar cuando la empresa se encuentra en asociación con el gobierno y pudo, de forma razonable, prever la comisión de la vulneración, en tercer lugar, cuando la empresa se beneficia de las violaciones, incluso si no las asiste o las causa ella misma y por último cuando la empresa permanece en silencio o es inactiva frente a la violación.

⁵²⁹ Omowumi Babatunde, Aboosedo, "An Analytical Evaluation of the Cost of the Conflict in Nigeria's Niger Delta" en *Journal of Conflictology*, Vol 3, Issue 1, 2012, pp. 50-58.

⁵³⁰ Sánchez-Vázquez, Luis, Gabriela Espinosa, María, Beatriz Eguiguren, María, "Percepción de conflictos socioambientales en zonas mineras: el caso del proyecto mirador en Ecuador" en *Ambient. Soc. Vol.19, núm. 2*, 2016, pp. 23-41.

⁵³¹ Gilberthorpe, Emma, "Community development in Ok Tedi, Papua New Guinea: the role of anthropology in the extractive industries" en *Community Development Journal Vol. 48, num. 3, Special Issue: Extractive Industries*, 2013, pp. 466-483.

⁵³² PNUMA, *Del conflicto a la consolidación de la paz...op.cit.*, p. 2.

⁵³³ Nakamitsu, Izumi, Secretaria General Adjunta y Alta Representante para Asuntos de Desarme, Hacia el desarme en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, Disponible en: <https://www.un.org/es/chronicle/article/hacia-el-desarme-en-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible>. Recuperado en febrero de 2020. La propia Carta de Naciones Unidas en el artículo 26 reconoce el desarme como una condición previa para la paz duradera, la seguridad y el desarrollo. Este hace una petición de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales con el mínimo desvío posible de los recursos humanos y económicos del mundo hacia las armas.

Tampoco puede obviarse que el impacto de la confluencia derivada entre los recursos naturales y los conflictos debe evaluarse en términos de impacto sobre el desarrollo, en especial en relación con las comunidades locales. De este modo, los conflictos pueden comprometer, tanto el comercio y la explotación de los recursos, como las capacidades de la población, tanto en términos de satisfacer las necesidades básicas como para hacer efectiva su capacidad de acción. Son notorios los casos en que una parte importante de los ingresos derivados de la explotación y comercialización de los recursos naturales ha sido interceptada por grupos armados privando así al propio Estado de los recursos fiscales esenciales para contribuir al desarrollo⁵³⁴. Esta situación podrá empeorar directamente la prestación de servicios tales como la educación o la salud, así como la implementación de políticas en sectores como la agricultura.

2.2 Los derechos humanos y el medio ambiente: impacto ambiental del sector de los hidrocarburos y los derechos de la población indígena

En primer lugar, es esencial recordar la estrecha relación entre los derechos humanos y el medioambiente. A pesar de la evidente relación entre la degradación ambiental y el sufrimiento humano, históricamente estas dos cuestiones han sido tratadas por la mayoría de las organizaciones y los gobiernos como asuntos inconexos⁵³⁵. Al igual que los defensores de derechos humanos han tendido a establecer sólo los derechos civiles y políticos en sus agendas, los ecologistas se han centrado principalmente en la preservación de los recursos naturales sin tener en cuenta los impactos humanos como consecuencia del abuso del medio ambiente⁵³⁶. Como resultado, las víctimas de esa degradación no están realmente protegidas por las leyes y los diferentes mecanismos de protección. Aunque en la actualidad esta relación se ha estudiado con gran atención, lo cierto es que los derechos ambientales, (es decir, lo que se entiende como los derechos relacionados con la protección del medio ambiente) se incorporaron tarde al derecho de los derechos humanos⁵³⁷.

⁵³⁴ Como por ejemplo puede ser el caso de Myanmar. World News, Reuters, *Myanmar old guard clings to \$ 8 billion jade empire*, 28 Septiembre 2013. Disponible en <http://www.reuters.com/article/2013/09/29/us-myanmar-jade-specialreport-idUSBRE98S00H20130929>. Recuperado en diciembre de 2021.

⁵³⁵ Piccolotti Romina y Taillant Jorge Daniel, *Linking Human Rights and the Environment*, The University of Arizona Press, Tucson, 2003.

⁵³⁶ *Ibidem*.

⁵³⁷ Asamblea General, *Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, John H. Knox, 2012, Doc. ONU, A/HRC/22/43.

Afortunadamente, poco a poco fue creciendo la conciencia sobre la importancia del reconocimiento formal de la protección de su para el bienestar del ser humano⁵³⁸.

El reconocimiento de esta relación ha adoptado principalmente dos formas: a) la adopción de un nuevo derecho explícito al medio ambiente, caracterizado como saludable, sin riesgos, satisfactorio o sostenible; y b) una mayor atención a la interrelación del medio ambiente con derechos ya reconocidos⁵³⁹. Por consiguiente, los daños causados al medio ambiente pueden impactar en una amplia diversidad de derechos como: el derecho a la salud, el derecho a la vida o incluso el derecho a la autodeterminación, a la alimentación, a una vivienda adecuada, así como a los medios de vida tradicionales y la cultura⁵⁴⁰.

Dicho lo anterior, también se ha de recordar que la protección del medio ambiente ha sido considerada como "de interés público", y por lo tanto como algo externo al sector privado. Así, los Estados asumen la obligación de garantizar la gestión del medio ambiente, así como de crear y preservar un ambiente seguro. Por lo tanto, como han explicado muchos órganos de derechos humanos⁵⁴¹, ante este objetivo se entiende que la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos contra las violaciones cometidas por agentes privados se extiende a las violaciones causadas por daños ambientales. De este modo, los Estados deben desarrollar leyes para que el sector privado adopte un comportamiento ecológicamente adecuado a través de regulaciones, sanciones⁵⁴² y, en ocasiones, a través de incentivos⁵⁴³.

A pesar de todo lo anterior, las empresas, y en especial las empresas extractivas, han sido acusadas de causar impactos negativos sobre el medioambiente (especialmente contaminando la tierra, el agua y el aire, provocando pérdida en la biodiversidad, agotando los recursos naturales o produciendo bienes que pueden dañar

⁵³⁸ Así en 1972 el vínculo entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente empezó a ser evidente tanto para los Estados, organizaciones internacionales como para los representantes de la sociedad civil. La Declaración de Estocolmo proclamó que: "El hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente... Los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma". *Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano*, 16 de junio de 1972, Doc. ONU, A/CONF.48/14/Rev.1, num. 3, 1973, p. 3.

⁵³⁹ Doc. ONU, A/HRC/22/43, ...*op.cit.*, p. 5.

⁵⁴⁰ The Office of the High Commissioner for Human Rights, Human Rights, *Poverty Reduction and Sustainable Development: Health, Food and Water. A Background Paper*, World Summit on Sustainable Development Johannesburg, 26 August – 4 September, 2002, p. 2.

⁵⁴¹ Doc. ONU, A/HRC/22/43, ...*op.cit.*, p. 18.

⁵⁴² Muestra de ello son las Políticas corporativas de estas empresas, como Repsol, BP, ExxonMobil, Galp, Total, etc.

⁵⁴³ Mazurkiewicz, Piotr, *Corporate Environmental Responsibility: Is a common CSR framework possible?* World Bank, 2004, p.2.

el medioambiente⁵⁴⁴), así como de sacrificar el desarrollo sostenible ante la búsqueda de beneficios a corto plazo⁵⁴⁵. En particular, el sector del petróleo y el gas enfrenta tres desafíos principales: la contaminación, el cambio climático global y el impacto en la biodiversidad⁵⁴⁶. Durante mucho tiempo se ha debatido sobre cómo y porqué las empresas deberían incorporar tales cuestiones en sus decisiones estratégicas. En la actualidad muchas compañías han aceptado su responsabilidad de no hacer daño al medioambiente y de adoptar medidas encaminadas a mitigar su impacto, más allá de sus obligaciones legales⁵⁴⁷.

Unos desafíos latentes en buena parte de las fases de la cadena de valor del sector. Por ejemplo, durante las actividades comprendidas en el *upstream* se llevan a cabo actividades sísmicas (un método geofísico utilizado en la exploración de hidrocarburos, basado en la reflexión de ondas sonoras) y de perforación, causando significativos impactos negativos que deterioran el ecosistema del área intervenida, como por ejemplo el suelo (el cual es fracturado debido a las explosiones controladas que se realizan para identificar la profundidad en donde se encuentra el crudo) o el agua (ya que puede provocarse una disminución o desaparición de los cuerpos de agua que abastecen a la zona afectada)⁵⁴⁸. También en esta fase es común la utilización de aditivos químicos que pueden contaminar el agua⁵⁴⁹. Unos impactos que, como es

⁵⁴⁴ La industria extractiva de hidrocarburos y concretamente la dedicada a extracción de no convencionales plantea grandes retos medioambientales. En especial, las actividades relacionadas con el desarrollo de los hidrocarburos no convencionales, y más concretamente con la técnica de fracturación hidráulica, han generado un gran debate social en las últimas décadas. Existe cierta oposición pública ante este tipo de proyectos por miedo a sus potenciales riesgos. Si se compara con los hidrocarburos convencionales, los no convencionales tienden a necesitar un mayor número de pozos y requieren técnicas de fractura hidráulica para impulsar el flujo de hidrocarburos desde el pozo. Además, este tipo de proyectos tiende a ocupar una mayor extensión del territorio geográfico. De este modo las mayores preocupaciones se centran en la contaminación del agua, la tierra y el aire, la utilización de aditivos químicos, la generación de pequeños temblores y riesgo de terremotos o un alto elevado de consumo de agua. Miras Salamanca Pedro (coord.), ...*op. cit.* pp. 149-153.

⁵⁴⁵ Por ejemplo, el informe indica que las actividades de las petroleras multinacionales en las áreas ricas en petróleo del Delta del Níger no sólo han sobre extraído petróleo y gas, sino que también han contaminado gravemente el medio ambiente a través de peligrosas operaciones de extracción y eliminación, en parte debido a la relajación, y la falta de aplicación efectiva de la normativa ambiental aplicable. Esto ha dado lugar a una grave contaminación del suelo, el agua y otros entornos en dicha región, provocando la muerte de peces y otros recursos acuáticos que proporcionaron alimentos y apoyan los medios de vida de la zona. Las malas prácticas también han provocado problemas de salud. Kurukulasuriya Lal y Robinson Nicholas A. Robinson (ed.), *Training Manual on International Environmental Law*, United Nations Environment Programme, Earthprint, 2006, pp. 358-359.

⁵⁴⁶ Véase también Mariano J.B, Lèbre La Rovere, Emilio, "Environmental impacts of the oil industry", en *Encyclopedia of Life Support Systems (EOLSS)*, 2000; UNEP, *Industry and environment and E&P Forum*, Environmental management in oil and gas exploration and production, 1997. Para más información sobre los efectos sobre el medio ambiente de diferentes procesos del sector de petróleo gas, véase también Shrivastava S., Unnikrishnan S., "Review of Life Cycle Assessment and Environmental Impacts from The Oil & Gas Sector", en *Oil Gas Res, an open access journal, Volume 5, Issue 1*, 2019, pp. 1-7.

⁵⁴⁷ Un primer esfuerzo se observa a través de la adopción de iniciativas privadas como por ejemplo el Zero Routine Flaring o los Ceres Principles (véase: <https://www.ceres.org/about-us>), entre otras. Vide *infra* 3. Gobernanza transnacional a través de las iniciativas voluntarias.

⁵⁴⁸ Fernández Ardila, Amelia Carolina, Alexander González, Sergio, Santos Rodríguez, María Patricia, "Impactos ambientales generados por la exploración sísmica en la industria petrolera colombiana", en *Revista el Centauro, núm. 10, Año 7*, Universidad Libre de Colombia, 2015, p. 71.

⁵⁴⁹ Kraus, Richard S., "Petróleo: prospección y perforación", en *Enciclopedia de salud y seguridad en el trabajo*, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT), 2018, p. 15.

sabido, podrán afectar de manera directa a derechos como el derecho al agua, el derecho a la vida, etc.⁵⁵⁰.

En la etapa del *midstream* es importante poner el foco en el transporte del petróleo y el gas. Las lagunas existentes entre la efectividad y la seguridad, combinadas con los errores humanos, pueden resultar en desastres ecológicos⁵⁵¹. Finalmente, la etapa del *downstream*, no se encuentra exenta de problemas para el medio ambiente y para la población, ya que el proceso de refinamiento podrá implicar la exposición al petróleo o a productos químicos pudiendo provocar enfermedades, polución a la vez que afectar a la agricultura de las comunidades locales⁵⁵².

En este contexto, se ha de matizar que con frecuencia las principales víctimas de los daños ambientales son comunidades pobres y marginadas, las cuales por lo general tienen pocas oportunidades para participar de manera significativa en la toma de decisiones y en los debates públicos sobre muchos de los temas que les afectan, entre ellos el medioambiente. Además, suelen tener poco acceso a los tribunales para lograr la rendición de cuentas y la reparación, viendo así afectado su derecho a un debido proceso⁵⁵³.

Especial interés revisten los pueblos indígenas ya que, en décadas recientes las actividades de las empresas extractivas de exploración y explotación se están emplazando en territorios remotos ricos en recursos naturales donde habitan estos pueblos⁵⁵⁴. La gestión de las relaciones con estas comunidades es una cuestión desafiante tanto para los gobiernos como para estas empresas, habida cuenta que las actividades de la empresa extractiva sobre la tierra tienen un impacto muy

⁵⁵⁰ *Vide infra*, 2.2 Los derechos humanos y el medio ambiente: impacto ambiental del sector de los hidrocarburos y los derechos de la población indígena.

⁵⁵¹ Epstein, Paul R. y Selber Jesse (ed)...*op.cit.*, p. 20.

⁵⁵² *Ibidem*, pp. 27-30.

⁵⁵³ Para más información véase: Mesa Cuadros, Gregorio, “Conflictividad y desplazamiento ambiental: elementos jurídico-políticos de justicia ambiental y reparación a sociedades tradicionales” en *Revista Catalana de Dret Ambiental Vol. VI, núm. 1*, 2015, pp. 1-50. Asimismo, véase el Capítulo 4 en relación con la participación de la sociedad civil en el proceso de desarrollo de la iniciativa EITI así como su participación en su implementación en los países.

⁵⁵⁴ Los Estados buscan desarrollar una fuerte industria ya que ven a este sector como la forma más viable de generar fuertes ingresos que impacten sobre el desarrollo del país. Ante esa búsqueda los gobiernos tienden a reducir los estándares y legislar de forma más laxa. Ello podrá incrementar la probabilidad de que sus derechos sean vulnerados, tanto en la fase de exploración como en la de explotación de los recursos naturales. Buger Julian, *Indigenous Peoples, Extractive Industries and Human Rights*, European Parliament, EXPO/B/DROI/2013/23, 2014, p. 5. El relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, destacó que “lamentaba haber encontrado en todo el mundo marcos normativos deficientes, por lo que, en muchos aspectos, los derechos de los pueblos indígenas siguen estando insuficientemente protegidos, y en demasiados casos totalmente desprotegidos, ante la actuación de las industrias extractivas. En prácticamente todos los países en que viven pueblos indígenas se necesitan importantes reformas legislativas y administrativas para definir y proteger adecuadamente los derechos de esos pueblos sobre sus tierras y recursos y otros derechos que pueden verse afectados por las industrias extractivas. Ahora bien, al mismo tiempo y en los mismos países en que persiste esta necesidad, se permite a las industrias extractivas invadir los hábitats indígenas, situación que el Relator Especial considera preocupante y merecedora de atención urgente. *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*, James Anaya, Doc. ONU, A/HRC/21/47, 2012, p. 16.

significativo sobre sus derechos⁵⁵⁵. Su supervivencia depende en gran medida de la integridad del medioambiente. Un informe de 2013 revisó las operaciones de 40 compañías de petróleo y gas de Estados Unidos, y encontró que “casi un tercio de la producción se llevaba a cabo en o cerca de las tierras de los pueblos indígenas, y que más de la mitad de las nuevas potenciales reservas probablemente iban a impactar sobre la población indígena”⁵⁵⁶. Lamentablemente, a pesar de que sus derechos se encuentran bien reconocidos internacionalmente, en muchas ocasiones estos son vulnerados, ya sea por la propia actividad extractiva o por enfrentamientos sobre los proyectos llevados a cabo en sus tierras⁵⁵⁷. Estos impactos medioambientales y sociales de las empresas extractivas sobre la población indígena se encuentran ampliamente documentados. En este sentido, el anterior Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas señaló que:

“[wherever [large-scale projects] occur in areas occupied by indigenous peoples it is likely that their communities will undergo profound social and economic changes that are frequently not well understood, much less foreseen, by the authorities in charge of promoting them. [...] The principal human rights effects of these projects for indigenous peoples relate to loss of traditional territories and land, eviction, migration and eventual resettlement, depletion of resources necessary for physical and cultural survival, destruction and pollution of the traditional environment, social and community disorganization, long-term negative health and nutritional impacts as well as, in some cases, harassment and violence”⁵⁵⁸.

De acuerdo con lo anterior, la fase del *upstream* reviste especial importancia para las comunidades y /o la población indígena que vive en la zona, en tanto, es en esta fase en la que se otorgan las correspondientes autorizaciones, permisos y concesiones (autorización de exploración, permiso de investigación, así como la concesión de la

⁵⁵⁵ La población indígena goza de todos los derechos reconocidos en derecho internacional sin discriminación alguna. Además, también están protegidos por el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el cual es vinculante por aquellos países que lo han ratificado. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptada por la Asamblea General, también les reconoce derechos específicos tales como el derecho a la libre determinación, a la sus tierras y recursos, a la consulta a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado, etc.

⁵⁵⁶Buger Julian, ... *op. cit.* p. 8.

⁵⁵⁷ A modo de ejemplo, véase en el Capítulo 4 el análisis de los casos de Nigeria y Colombia en la implementación del EITI.

⁵⁵⁸ United Nations, *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*, Doc. ONU, E/CN.4/2003/90, de 21 de enero de 2003, p. 2.

explotación). En este sentido, es esencial que el Estado garantice el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado, y tome las acciones pertinentes para evitar los desplazamientos forzados de la población. De lo contrario, se podrán vulnerar muchos de los derechos recogidos en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas⁵⁵⁹.

Esta cuestión ha sido resaltada por la CIDH al afirmar que: “los proyectos extractivos, de explotación o desarrollo, frecuentemente tienen una gran repercusión sobre: el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, así como de las comunidades afrodescendientes, sobre sus tierras, territorios y recursos naturales; el derecho a la identidad cultural y libertad religiosa; el derecho a la vida; el derecho a la salud, integridad personal y a un medio ambiente sano; los derechos económicos y sociales; el derecho a la libertad personal y protesta social; el derecho de circulación y de residencia (reconocido en el artículo 22.1 de la Convención Americana⁵⁶⁰)”. También ha mostrado especial preocupación sobre la afectación en los derechos de los líderes y lideresas de los pueblos indígenas y tribales, así como de las comunidades afrodescendientes; defensores y defensoras de derechos humanos, las mujeres, los niños y niñas, las personas mayores, así como las personas con discapacidad⁵⁶¹). De este modo, en la fase de desarrollo del proyecto (dentro de las actividades del *upstream*) no sólo se deben tener en cuenta los derechos de los trabajadores en cuanto a las condiciones de trabajo⁵⁶², sino también los de la comunidad y los grupos vulnerables. Por ejemplo, el influjo masivo de hombres en su construcción puede incrementar el abuso sexual contra las mujeres de la comunidad⁵⁶³.

⁵⁵⁹ *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Doc. ONU, A/RES/61/295, 10 de diciembre de 2007.

⁵⁶⁰ Para un examen detallado sobre la protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, véase: CIDH y la OEA, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, 2015. Véase también: Buger Julian, ...*op. cit.*, pp. 8-14.

⁵⁶¹ *Idem*.

⁵⁶² Véase Kraus, Richard S., ...*op. cit.* Muchos son los ejemplos que podrían citarse sobre los riesgos relacionados con la salud y seguridad de las personas trabajadoras. Entre ello puede destacarse por ejemplo la fuga de gas tras explotar la plataforma Piper Alpha del Mar del Norte de Occidental Petroleum (Estados Unidos). En este accidente, ocurrido en julio de 1988, murieron 167 personas, y fue un punto de inflexión a partir del cual las empresas empezaron a reforzar sus procedimientos de seguridad. Véase: *The Guardian, Oil industry defends its safety record*, Tuesday 13 December 2005. Disponible en <https://www.theguardian.com/business/2005/dec/13/buncefieldfueldepotfire2005.oilandpetrol>. Recuperado en diciembre d 2021.

⁵⁶³ Martín Beristain Carlos (et al), *Las palabras de la selva. Estudio psicosocial del impacto de las explotaciones petroleras de Texaco en las comunidades amazónicas de Ecuador*, Hegoa, 2009, pp. 118-127.

En esta línea, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas concluyó en un informe que "la realización de proyectos de extracción de recursos naturales y otros proyectos de desarrollo en territorios indígenas o en proximidad de ellos se ha convertido en una de las máximas preocupaciones de los pueblos indígenas de todo el mundo y posiblemente también en la fuente más generalizada de retos al pleno ejercicio de sus derechos⁵⁶⁴".

2.3 Vulnerabilidades de los derechos humanos ante la corrupción en la cadena de valor del petróleo y el gas

En términos generales, podría decirse que la palabra corrupción se refiere a la manera como las personas encargadas de tomar decisiones usan indebidamente su posición para un beneficio personal. La corrupción puede ocurrir en toda la cadena de valor, tanto en organizaciones públicas como privadas, distorsionando, directa o indirectamente, la gobernanza y la administración burocrática⁵⁶⁵. Las consecuencias negativas de la corrupción son múltiples y de naturaleza diversa; una de ellas es la afectación sobre los derechos humanos. Así, es sabido que la corrupción tiene un impacto negativo sobre el propio Estado de Derecho, afectando al "principio de gobernanza a través del cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos"⁵⁶⁶. Asimismo, socava "la adopción de medidas que permiten garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, la igualdad ante la ley, la separación

⁵⁶⁴ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, *Industrias extractivas que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos*, Doc. ONU, A/HRC/18/35, de 11 de julio de 2011, p. 16.

⁵⁶⁵ Soreide, Tina "Drivers of Corruption. A brief Review" en *A World Bank Study, International Bank for Reconstruction and Development*, The World Bank, 2014, p. 1. Véase también cómo Malem desarrolla la caracterización del concepto de corrupción a través de las siguientes notas: Habrá corrupción si, en primer lugar, la intención de los corruptos es obtener un beneficio irregular, no permitido por las instituciones en las cuales se participa o se presta servicio. No importa que ese beneficio sea económico, puede ser político, social, sexual. Y tampoco es necesario que ese beneficio se obtenga de modo inmediato. En segundo lugar, la pretensión de conseguir alguna ventaja en la corrupción se manifiesta a través de la violación de un deber institucional por parte de los corruptos. La corrupción siempre es parasitaria de la violación de alguna regla, según un marco normativo de referencia. En tercer lugar, debe haber una relación causal entre la violación del deber que se imputa y la expectativa de obtener un beneficio irregular. En cuarto lugar, la corrupción se muestra como una deslealtad hacia la regla violada, la institución a la cual se pertenece o en la que se presta servicio. Por este motivo la corrupción de los políticos es tan nociva en una democracia, ya que constituye una muestra inequívoca de su deslealtad hacia el sistema democrático. La conciencia de esta deslealtad hace que, en quinto lugar, los actos de corrupción tiendan a ocultarse, esto es, se cometan en secreto, o al menos en un marco de discreción. Y, naturalmente, no todo acto de corrupción constituye un ilícito penal o delito, eso depende del tratamiento que el derecho penal dé a los actos corruptos. Malem Seña, Jorge F., *Pobreza, Corrupción, (In)Seguridad Jurídica*, Cátedra de Cultura Jurídica, Marcial Pons, 2017, p. 43.

⁵⁶⁶ Consejo de Seguridad, *Informe del Secretario General sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Doc. ONU, S/2004/616, 2004, p. 5.

de poderes, la participación en la adopción de decisiones, la legalidad, la no arbitrariedad, y la transparencia procesal y legal”⁵⁶⁷.

La primera pregunta que surge es, ¿qué es lo que hace susceptible de corrupción al sector del petróleo y el gas? Según un estudio del Banco Mundial las características de la industria del petróleo ayudan a explicar este factor: el alto volumen de las transacciones (haciendo de este negocio uno de los más rentables); las altas rentas que genera; la concentración de los flujos de ingresos (a nivel de producción, los flujos de ingresos del petróleo para el gobierno tienden a estar concentrados, procediendo relativamente de pocos contribuyentes, principalmente extranjeros y no de nacionales); la complejidad (la industria del petróleo es técnica y estructuralmente compleja, y los acuerdos legales, comerciales y fiscales que rigen los flujos de ingresos suelen ser muy complejos)⁵⁶⁸.

Por otro lado, con el fin de evaluar el alcance de las iniciativas de RSE, es primordial conocer quien son los principales actores ante la corrupción. Como afirmó Poul Engberg-Pedersen, director general de la Agencia Noruega para la Cooperación y el Desarrollo, “en la dinámica maligna de la corrupción al menos se necesitan dos para bailar un tango”⁵⁶⁹. De este modo, en el sector de los hidrocarburos varios actores pueden verse implicados en casos de corrupción a lo largo de la cadena de valor. En primer lugar, los gobiernos de los países productores, pero también los de los países consumidores, así como las compañías petroleras (por un lado, las empresas petroleras nacionales que han sido el centro de notoria corrupción y despilfarro, y por el otro lado, aunque no exentas de casos de corrupción las compañías petroleras del sector privado: compañías internacionales, o incluso empresas locales, generalmente mucho más pequeñas y menos restringidas. También en este grupo pueden añadirse las

⁵⁶⁷ *Idem*.

⁵⁶⁸ McPherson Charles y MacSearraigh, “Corrupción en el sector del petróleo” en Stephen Edgardo Campos, J. Pradhan, Sanjay (ed), *Las múltiples caras de la corrupción. Aspectos vulnerables por sectores*, Banco Mundial, Mayol Ediciones S.A., 2009, pp. 181-214. Este mismo estudio del Banco Mundial, determina que en el sector del petróleo la corrupción se puede dividir en diversas tipologías: corrupción política (influencia indebida sobre el diseño de las políticas, el cumplimiento de las leyes y los impuestos del sector, de una manera que brinda beneficios políticos o personales con fondos públicos); corrupción administrativa (abuso de los cargos administrativos para obtener beneficios ilegales a cambio de aprobaciones que cubren una amplia serie de actividades comerciales y operativas); corrupción comercial (abusos principalmente en las adquisiciones, que incluye manipulación fraudulenta de licitaciones, sobornos y exageración en los costos); gran corrupción (robo directo de grandes cantidades de dinero a través de la desviación de producción, productos e ingresos). McPherson Charles y MacSearraigh, *...op.cit.*, p. 192-191.

⁵⁶⁹ *Ibidem*, p. 181.

compañías de servicios petroleros⁵⁷⁰). Por otro lado, se destaca la implicación de los llamados “caudillos” (traficantes poderosos e influyentes u “organizadores”⁵⁷¹), así como los bancos, ya que pueden ser los encargados de canalizar u ocultar transferencias de grandes sumas de dinero producto de las actividades corruptas del sector⁵⁷².

Dicho lo anterior, véase cómo la corrupción puede surgir a lo largo de la cadena de valor del sector de los hidrocarburos.

La fase de exploración es altamente delicada en este sentido, en tanto comprende el otorgamiento y la negociación de los derechos de exploración y producción, las aprobaciones y el otorgamiento de permisos para operaciones de exploración, y la supervisión de cualquier renuncia o ampliación de los derechos de exploración⁵⁷³. Esto muestra la importancia del diseño de los contratos⁵⁷⁴. De este modo, en esta fase, debido a los altos intereses y las grandes sumas de dinero en juego, hay un alto riesgo de sobornos a cargos públicos, conspiración, tráfico de influencias y extorsión, incluso desde los gobiernos hacia la comunidad en la búsqueda del consentimiento para explotar un territorio⁵⁷⁵.

⁵⁷⁰ Un alto porcentaje del trabajo en la industria petrolera no es realizado por propias compañías petroleras o el gobierno, sino sus contratistas. Estas pueden cubrir todas las etapas de la industria: desde contratistas sísmicos y de perforación y asesores geológicos y geofísicos en la fase de explotación, pasando por servicios de perforación, proveedores de materiales y contratistas para fabricación e ingeniería en la fase de desarrollo y producción, hasta empresas de construcción e ingeniería de refinerías y oleoductos a lo largo de la cadena. Con mucha frecuencia, las compañías de servicios son atrapadas por la red de prácticas corruptas del sector del petróleo, especialmente en cuanto se relaciona con las adquisiciones. McPherson Charles y MacSearraigh, ...*op.cit.*, p. 195. En el Capítulo 4, se observará como el EITI se configuraría como una iniciativa de RSE de carácter híbrido que pone en el centro de las responsabilidades de los países implementadores a los gobiernos y las empresas del sector extractivo.

⁵⁷¹ El origen de la palabra caudillo viene del diminutivo latino *caput*, que significa “cabeza”, “cabecilla”, y aunque no existe una definición actual única e incontrovertible, tanto en términos académicos como populares el término evoca al hombre fuerte de la política, el más eminente de todos, situado por encima de las instituciones de la democracia formal cuando ellas son apenas embrionarias, raquíticas o en plena decadencia. Caudillismo e institución democrática son elementos situados en los extremos de una línea ascendente de la evolución política en donde el primero sería el “más primitivo” y el segundo el “más desarrollado”. Históricamente, se dice que esta figura debe su aparición al colapso de una autoridad central, capaz de permitir a fuerzas ajenas o rebeldes al Estado apoderarse de todo el aparato político. No es de extrañar que sea una figura característica de sociedades desarticuladas y quebrantadas institucionalmente y que se haya convertido en un actor a destacar del sector petrolero. No obstante, se afirma que no existen de manera exclusiva en los países en desarrollo y las economías de transición. Castro, Pedro, “El caudillismo en América Latina, ayer y hoy” en *Política y Cultura*, núm. 27, 2007, p. 10.

⁵⁷² McPherson Charles y MacSearraigh, ...*op. cit.*, p. 192-197.

⁵⁷³ *Ibidem*, p. 197.

⁵⁷⁴ En el desarrollo de los contratos es el momento en que las cláusulas de estabilización adquieren su importancia. En particular, se ha llegado a afirmar que existe un vínculo entre el alcance de las cláusulas de estabilización otorgadas por un país y el nivel de transparencia en el país. Feichtner, Isabel, Krajewski, Markus y Roesch, Ricarda (eds), ...*op.cit.* p. 118. *Vide supra*, Capítulo 2.

⁵⁷⁵ Países como Nigeria han ido adoptados procedimientos de concesiones más transparentes; aunque no exentos de lagunas, los nuevos procedimientos representan una amplia mejora respecto a las prácticas pasadas. En Trinidad y Tobago, el Ministerio de Energía y Asuntos Energéticos publica información detallada sobre los procedimientos de licencia en su web. No obstante, en la actualidad siguen existiendo procesos judiciales contra presuntos casos de corrupción como por ejemplo es el caso de Pemex (empresa estatal productora, transportista, refinadora y comercializadora de petróleo y gas natural de México).

La fase de desarrollo tampoco está exenta de ciertas vulnerabilidades a la corrupción. Aunque la corrupción administrativa puede existir en relación con la aprobación de los planes de desarrollo, la localización de los pozos, los permisos ambientales y similares, quizá la vulnerabilidad más grande ante la corrupción en esta etapa se encuentra en el proceso de adquisiciones, a través por ejemplo de sobornos a funcionarios, utilización de influencias para dirigir las adquisiciones hacia proveedores partidarios o favorecidos por el gobierno⁵⁷⁶. Lo mismo ocurre en la fase de producción como consecuencia, por ejemplo, de la presentación incompleta de informes, desviación de los volúmenes de producción o mediante mecanismos más directos como el aprovechamiento de los pozos o de los oleoductos⁵⁷⁷.

Por otro lado, durante la comercialización (venta y compra de la producción del petróleo) podrían darse casos de subfacturación del valor del petróleo vendido, permitiendo al comprador revenderlo con un margen aumentado. Es decir, esta corrupción puede desarrollarse debido a la falta de transparencia en las ventas del petróleo del gobierno o a ventas oficiales a precios por debajo de los de referencia internacionales determinados⁵⁷⁸. Tampoco puede dejarse a un lado el transporte, que puede presentar también signos de corrupción. La infraestructura del transporte, incluyendo oleoductos, terminales de almacenamiento o transferencia y los muelles marítimos, se encuentra gestionada con frecuencia por monopolios (en muchas ocasiones pertenecientes al propio Estado), que pueden favorecer conductas irregulares debido a la carencia de transparencia para el acceso a la infraestructura⁵⁷⁹.

Finalmente, el proceso de refinación y mercadeo es el segmento inferior de la industria del petróleo, aunque se podría decir que no disfruta de los mismos márgenes lucrativos de las primeras fases, el volumen de las transacciones es sustancial. Esto podría también sugerir tentaciones para conseguir seductores porcentajes. De este modo, con frecuencia, las oportunidades para obtener ganancias ilegales son creadas a partir de las políticas oficiales. El control de precio sobre los productos refinados

⁵⁷⁶ McPherson Charles y MacSearraigh, *...op. cit.*, p. 200.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, p. 201.

⁵⁷⁸ *Ibidem*, pp. 202-204.

⁵⁷⁹ *Ibidem*, p. 204.

representa probablemente el elemento más común de la corrupción en este segmento de la cadena de valor del petróleo⁵⁸⁰.

Expuesto lo anterior, se ha de decir que existen normas para luchar en contra la corrupción, tanto a nivel nacional como internacional, sin embargo, la eficacia de las distintas herramientas legales es contextual. Por ello, este estudio entiende que un enfoque de derechos humanos podría ayudar a minimizar las oportunidades para el comportamiento corrupto a través de derechos como el derecho a la libertad de expresión, reunión y asociación, los derechos políticos, el derecho a la información o el derecho a participar⁵⁸¹. No obstante, estos derechos difícilmente van a poder ser disfrutados en ciertos contextos. Así, puede decirse que en ocasiones se observa un círculo vicioso, y que de nada servirá la existencia de un sistema normativo público, claro, predecible y estable, sino existen instituciones solventes que lo apliquen y ejecuten. En este sentido, se parte de la hipótesis que el principio de la transparencia y el derecho de acceso a la información podría ser un primer paso y un escudo contra la corrupción. Por ello, en el siguiente capítulo se va a analizar cómo la configuración de la Iniciativa de Transparencia en la Industria Extractiva (EITI) aborda esta problemática.

3. Gobernanza transnacional a través de las iniciativas voluntarias

Como se ha venido afirmando, poco a poco el reconocimiento de las obligaciones de las EMN en el ámbito internacional está ganando terreno⁵⁸². Sin embargo, se ha observado que todavía existe una cierta carencia normativa que provocaría el impulso, especialmente ante las demandas de la sociedad, de la adopción de iniciativas de RSE⁵⁸³.

En este sentido, como es sabido, desde diferentes ámbitos (espacio académico, organizaciones internacionales y regionales, ámbito privado, etc.) se han desarrollado

⁵⁸⁰ *Ibidem*, p. 205.

⁵⁸¹ En el Informe del Consejo de Derechos Humanos de 2013 se recogían como principios comunes a los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción: la transparencia, la responsabilidad, la participación de los ciudadanos, el estado de derechos, la libertad de expresión, el derecho a la información la igualdad y no discriminación, así como la equidad y la justicia. Un poder judicial independiente; la libertad de expresión, la libertad de prensa y el acceso a la información; la transparencia del sistema político y la rendición de cuentas son esenciales en la lucha contra la corrupción, pero también son elementos imprescindibles para garantizar el disfrute de los derechos humanos. Cuando los mecanismos de control del poder son débiles o no existen, se facilita la corrupción y las violaciones de derechos humanos. Consejo de Derechos Humanos, *Informe resumido acerca de la mesa redonda sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos*, Doc. ONU, A/HRC/23/26, 18 de abril de 2013.

⁵⁸² *Vide supra*, Capítulo 1.

⁵⁸³ *Vide supra*, Capítulo 2.

criterios y pautas para orientar el comportamiento, tanto de las empresas como de los gobiernos, para que el sector extractivo integre la RSE en sus sistemas de gestión y se encamine hacia un desarrollo sostenible. Con el fin de examinar hacia dónde se dirige la gobernanza de esta industria, teniendo en cuenta el conglomerado de iniciativas existentes, se han priorizado las principales herramientas que las empresas del sector tienen en consideración en la actualidad⁵⁸⁴. El objetivo de esta selección es realizar una primera aproximación a estas iniciativas para valorar si cubren los riesgos que se han expuesto en el apartado anterior, y en consecuencia mostrar si las EMN se están dotando de unas herramientas efectivas para hacer frente a estos riesgos. Si bien, esto no quiere decir que la adhesión a una iniciativa se pueda traducir en la eliminación o minimización del riesgo de manera directa, en especial si no se adoptan las medidas oportunas (ya que todo puede quedar en papel mojado o en un *greenwashing*). Aunque, debe tenerse en cuenta que el incumplimiento de los compromisos podría tener ciertos efectos jurídicos por entenderse, por ejemplo, como una práctica engañosa⁵⁸⁵.

Como resultado se han detectado las siguientes iniciativas:

- Los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos⁵⁸⁶ y la Guía del sector del petróleo y el gas para la implementación de los Principios Rectores.
- Task Force on Climate-related Financial Disclosures.
- Carbon Disclosure Project.
- Zero Routine Flaring.
- International Finance Corporation Performance Standards.
- Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.
- Los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas.
- Los Principios voluntarios de seguridad y derechos humanos.
- El Pacto Mundial de Naciones Unidas⁵⁸⁷.
- El EITI⁵⁸⁸.

⁵⁸⁴ Para conocer cuáles son estas iniciativas se han examinado los informes de sostenibilidad de diversas empresas como: Repsol, BP, Cepsa, Petronas, ExxonMobile, Galp, Rio Tinto, Total, ConocoPhillips, entre otras. Para más información véase los informes de sostenibilidad de las mismas.

⁵⁸⁵ *Vide supra*, Capítulo 2.

⁵⁸⁶ *Vide supra*, capítulo 2.

⁵⁸⁷ *Vide supra*, Capítulo 1.

⁵⁸⁸ Esta iniciativa será analizada de forma exhaustiva en el Capítulo 4.

3.1 La Guía del sector del petróleo y el gas para la implementación de los Principios Rectores

Anteriormente se especificó que los Principios Rectores deben ser vistos como un marco general. Ruggie declaró que la obligación general de las empresas es el respeto por los derechos humanos, pero no concretó de forma específica cómo debían proceder para cumplir con la misma. Así, ante las complejidades de ciertos sectores y reconociendo que cada empresa es diferente, en diciembre de 2011 el Institute for Human Rights and Business y Shift fueron seleccionados por la Comisión Europea (Dirección General de Empresa e Industria) para desarrollar guías sectoriales específicas sobre la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos de conformidad con los Principios Rectores. En respuesta a una consulta pública, y sobre la base de criterios objetivos, los servicios de la Comisión Europea decidieron desarrollar orientación para tres sectores concretos, esto es, las agencias de empleo y contratación, el sector de la tecnología de la información y la comunicación, y las empresas de petróleo y gas. La Unión Europea así ofrecía estas Guías (se trata de documentos jurídicamente no vinculantes) como una contribución a los esfuerzos globales para implementar los Principios Rectores en estos sectores.

De este modo, la *Oil and Gas Sector Guide on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*⁵⁸⁹ (en adelante la Guía) remarca diferentes aproximaciones y procesos que van a permitir a la empresa extractiva a tener conocimiento sobre cómo adaptar las diversas áreas destinadas a lograr los objetivos establecidos por los Principios Rectores. Por lo tanto, pretende ayudar a estas empresas a "traducir" de forma concreta el respeto de los derechos humanos en su organización y cultura empresarial.

El desarrollo de la Guía es el resultado de una amplia investigación y de consultas con empresarios, representantes sindicales, representantes de organizaciones de derechos humanos, y otros expertos. Durante el proceso se llevaron a cabo más de 75 entrevistas a distintas partes interesadas por sectores con expertos individuales, dos periodos de consulta pública a través de internet, investigaciones sobre el terreno, y dos mesas redondas multilaterales organizadas por la Comisión Europea. Su

⁵⁸⁹ Comisión Europea, *Oil and gas sector guide on implementing the UN guiding principles on business and human rights*, 2011.

incorporación es parte integral de la estrategia en materia de derechos humanos de la Unión Europea y de la política de la Comisión Europea sobre RSE.

Cabe decir, que la Guía establece los pasos necesarios bajo los Principios Rectores para "conocer y mostrar" el respeto por los derechos humanos en el contexto particular del sector del petróleo y el gas. Resume lo que se espera de los Principios Rectores, ofrece una gama de ideas y ejemplos sobre cómo llevarlas a la práctica, y vincula al usuario a recursos adicionales para que puedan apoyar su trabajo. No propone un sistema de gestión concreto, sino más bien deja a las empresas un margen amplio para poner en práctica los Principios Rectores en sus circunstancias particulares⁵⁹⁰ con el fin de prevenir y abordar el riesgo de los impactos negativos vinculados a la actividad empresarial sobre los derechos humanos.

Esta se dirige a las empresas, por lo que se focaliza en la implementación de la responsabilidad de la empresa de respetar los derechos humanos (Pilar II). La Guía va dirigida a toda empresa, esto es multinacionales, nacionales, joint ventures, empresas de exploración, empresas de gasoductos, etc., que se encuentre envuelta en las actividades comprendidas en la fase de upstream, así como a las relaciones comerciales de estas con terceros, ya se encuentren on-shore u off-shore. Dentro de lo posible, se intenta prestar especial atención también a pequeñas empresas que puedan necesitar un enfoque particular.

No obstante, la Guía también tiene en cuenta, siempre que sea posible, el papel de los Estados para garantizar el Estado de Derecho y el cumplimiento de su deber de proteger los derechos humanos a través de la correspondiente legislación y políticas efectivas, así como investigando, sancionando y reparando los abusos cometidos. En este contexto, reconoce que en aquellos casos en los que los gobiernos no quieren o no pueden satisfacer sus propias obligaciones en materia de derechos humanos, se genera un gran desafío para que las empresas no se vean involucradas en la vulneración de los mismos.

Asimismo, aunque se basa en la experiencia de las compañías europeas, pretende que llegue a aplicarse a nivel global. En realidad, se espera que la Guía sea tomada en consideración sobre todo por aquellas empresas que operan fuera de la Unión Europea

⁵⁹⁰ European Commission, *Oil and Gas Sector Guide on Implementing...op.cit*, p. 5.

en contextos, que como es sabido, presentan significativos desafíos para los derechos humanos, e incluso que llegue a extenderse a empresas no europeas.

Finalmente, esta señala tener como objeto el respeto por todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, incluyendo los derechos humanos de los trabajadores, así como los derechos de los individuos o grupos vulnerables tales como niños, mujeres o la población indígena. Es necesario matizar que la Guía, igual que los Principios Rectores, define los derechos humanos internacionalmente reconocidos como los derechos comprendidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos⁵⁹¹. Si bien, no se hace referencia específica a otros derechos como el derecho al agua o el derecho al medio ambiente, entre otros que pueden verse directamente afectados por las actividades del sector extractivo de gas y petróleo⁵⁹². Afortunadamente, sí se especifica que cuando las operaciones de las empresas puedan generar impactos sobre grupos vulnerables o marginados, adicionalmente estas deberán considerar otros estándares internacionales tales como la Convención de los Derechos del Niño o Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, entre otras. Esta referencia va a permitir una mayor coherencia de la política adoptada por la empresa.

Finalmente, en cuanto a su contenido, la Guía se centra en las actividades comprendidas en la fase del upstream desde la prefactibilidad, viabilidad, desarrollo (incluida la construcción), implementación (incluida la producción), hasta la clausura y post-clausura. Tal y como se ha expuesto⁵⁹³, en materia de derechos humanos, es esencial tener en cuenta todas las fases de la cadena de valor (hecho que deberían tener en cuenta las iniciativas de RSE del sector).

Dicho lo anterior, esta se estructura en tres partes; esto es: a) una primera parte introductoria; b) una segunda parte en la que se establece el contexto y las relaciones en que las empresas operan, así como el impacto que estas tienen sobre los derechos humanos como causa de su actividad, y; c) finalmente, una tercera parte a través de la cual se guía a las empresas a poner en práctica el respeto por los derechos humanos,

⁵⁹¹ Es decir, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

⁵⁹² *Vide supra*, 2. Identificación de los principales riesgos para los derechos humanos derivados de la actividad extractiva del gas y el petróleo, para más detalle sobre los desafíos que presenta esta industria para los derechos humanos.

⁵⁹³ *Idem*.

es decir, guía a las empresas de manera práctica, a través de ejemplos, preguntas y pasos a seguir para ser coherentes con las directrices estipuladas respecto al alcance de la responsabilidad de las empresas en base al marco de los Principios Rectores⁵⁹⁴, es decir:

- Desarrollo de un compromiso político que incluya el respeto por todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Para ello, la empresa deberá definir el contenido de sus políticas dirigidas a alcanzar ese respeto, a la vez que deberá presentar la manera en qué las políticas serán aplicadas a los trabajadores de la empresa, así como las expectativas en relación con los socios empresariales, y otros en su cadena de valor en dicha materia. Un aspecto muy importante es el hecho que se remarca la necesidad de que el resto de las políticas y otros procesos deben ser coherentes con ese compromiso. Posteriormente, la empresa deberá comunicar su compromiso, tanto internamente como externamente, y deberá aplicarlo a sus relaciones comerciales con terceras partes.

Según los Principios Rectores, la empresa tiene la obligación de respetar los derechos humanos (Pilar II). La adopción de un código de conducta es una forma de autorregulación, por consiguiente, podría entenderse como una manera de contribuir de forma voluntaria en la protección de los derechos humanos.

- Evaluación del impacto sobre los derechos humanos. Las empresas necesitan identificar y evaluar cualquier impacto negativo sobre los derechos humanos en el que puedan verse involucradas (pasados, presentes o futuros) como consecuencia de su propia actividad o como resultado de sus relaciones comerciales. Se trata de un proceso en curso, por lo que deberá ser revisado de forma continua, en concreto cuando los riesgos hacia los derechos humanos podrían haber cambiado. Evaluación que además debe ser entendida dentro del contexto donde la empresa opera, por lo que se debe evaluar los posibles factores de riesgo, tales como los socioeconómicos o políticos, entre otros, así como la situación de los derechos en el país. Asimismo, la empresa debe

⁵⁹⁴ *Vide supra*, Capítulo 2, 2.2.3 Alcance de la responsabilidad de las empresas.

evaluar y revisar sus relaciones comerciales con el fin de evitar relaciones que puedan suponer contribuir a vulnerar los derechos humanos. La Guía también marca la necesidad de consultar a aquellos que puedan verse impactados por las operaciones de la empresa, productos o servicios.

- Integración y acción. Una vez llevada a cabo la correspondiente evaluación de impacto, los resultados deberán incorporarse a los procesos de decisión interna. Para llevar a cabo lo anterior, la empresa deberá entender la naturaleza de su implicación (¿causa un impacto directo? ¿Contribuye al mismo?). Además, se señala la necesidad de priorizar qué impactos deben ser abordados primero a la vez que debe entenderse cuál es la influencia que esta puede tener sobre el comportamiento de otros con la finalidad de adoptar las medidas necesarias que puedan permitir modificar determinados comportamientos. Todo ello va a permitir que la empresa pueda prevenir y mitigar los impactos negativos. Igualmente, será necesario disponer de la correspondiente asignación presupuestaria con la finalidad de permitir respuestas efectivas. Finalmente, se recuerda que las responsabilidades de una empresa no aumentan en zonas de alto riesgo, pero enfatiza la probabilidad que haya mayores desafíos a la hora de lograr cumplir con sus responsabilidades.
- Seguimiento de rendimiento (tracking performance). Las empresas deberán monitorear sus respuestas a los impactos sobre los derechos humanos para así poder evaluar la eficacia con la que se están tratando. Muy importante será que dicho seguimiento se realice no sólo internamente, sino que es primordial que el feedback provenga a la vez de fuentes externas como los posibles afectados. De lo contrario este proceso podrá carecer de objetividad.
- Comunicación de resultados (communicating performance). La Guía pone de manifiesto la necesidad de comunicar externamente con el fin de responder cómo la empresa está abordando sus impactos. Por lo tanto, se evidencia la importancia de la transparencia y la rendición de cuentas por sus actuaciones.
- Reparación y mecanismos de quejas. En caso de que la empresa identifique que ha contribuido o causado algún impacto negativo sobre los derechos humanos, la Guía anima a proveer o cooperar en su reparación a través de

procesos legítimos. Por ello, sugiere el establecimiento de mecanismos de reparación efectivos.

3.2 Task Force on Climate-related Financial Disclosures

El Consejo de Estabilidad Financiera (FSB, por sus siglas en inglés) instauró en 2015 el Task Force on Climate-related Financial Disclosures (TCFD) a petición de los líderes del G20. Este Grupo de Trabajo reconoce “la inminente amenaza que representa el cambio climático para la economía mundial, y por ello, anima a divulgar una información financiera relacionada con el clima que sea consistente, fiable y clara. El objetivo es fortalecer la estabilidad del sistema financiero para contribuir a una mayor comprensión de los riesgos climáticos y facilitar la financiación de la transición hacia una economía más estable y sostenible”⁵⁹⁵.

En junio de 2017, se publicaron las recomendaciones finales⁵⁹⁶, las cuales se encuentran alineadas con otras iniciativas como los Principios de las Naciones Unidas para la Inversión Responsable (PRI por sus siglas en inglés) o el Carbon Disclosure Project (CDP)⁵⁹⁷, y se dirigen a todas las organizaciones del sector tanto financiero como no financiero (en particular se hace referencia a sectores como el de la energía (petróleo y gas, carbón y empresas eléctricas; transporte; materiales de construcción; y, agricultura, comida y productos forestales)⁵⁹⁸.

El TCFD ha invertido la concepción de la divulgación en materia de cambio climático, es decir, el objetivo no es poner el foco en tratar de entender cuál es el impacto de la organización sobre el cambio climático, sino que se trata de que la entidad se cuestione cuál será el impacto del cambio climático sobre la organización⁵⁹⁹ (una visión diferente a la postulada por los Principios rectores que establecen la previsión del daño a las personas en el centro de todas las actuaciones a realizar, es decir, cómo nuestra actividad va a impactar en las personas). Entre otros factores, se considera que la presión de los inversores para que las empresas divulguen este tipo de información, de conformidad con las recomendaciones del TCFD, puede ayudar a

⁵⁹⁵ UNEP, Finance Initiative, Task Force on Climate-Related Financial Disclosures. Véase: <https://www.unepfi.org/climate-change/tcfid/>. Recuperado en junio de 2020.

⁵⁹⁶ Consejo de Estabilidad Financiera, Recomendaciones del grupo de trabajo sobre declaraciones financieras relacionadas con el clima, 2017.

⁵⁹⁷ Además, se pone especial énfasis en las empresas que tengan unos ingresos anuales superiores a mil millones de dólares y/o deuda pública o patrimonio neto, así como en los gestores y propietarios de activos.

⁵⁹⁸ CEF, *Recomendaciones del grupo de trabajo sobre declaraciones financieras relacionadas con el clima*, 2017, pp. 25-26.

⁵⁹⁹ Ecoact, *Integrando la estrategia climática en el negocio: una guía completa sobre las recomendaciones del TCFD*, p. 6.

mitigar el cambio climático y ayudar a conocer mejor los riesgos y oportunidades para el negocio en el camino hacia una economía de cero emisiones netas⁶⁰⁰.

Por ello, cada recomendación está delineada para ayudar a las empresas a considerar y gestionar adecuadamente sus riesgos y oportunidades relacionados con el clima. Las recomendaciones se clasifican en cuatro áreas:

- Gobernanza; información sobre los responsables de evaluar y gestionar los riesgos y oportunidades relacionados con el clima.
- Estrategia; el TCFD recomienda la divulgación de los impactos reales y potenciales de los riesgos y oportunidades relacionados con el clima en la entidad. Así, las empresas podrán tener en cuenta el desempeño de su modelo de negocio sin descuidar el cambio climático en el futuro.
- Gestión de riesgos; se requiere información sobre la gestión de los riesgos relacionados con el clima para garantizar una integración efectiva en toda la empresa.
- Métricas y objetivos; se determina que la empresa informe sobre las métricas y objetivos utilizados para gestionar los riesgos y oportunidades más relevantes relacionados con el clima. Con ello, se espera que la empresa muestre cómo preparan su crecimiento haciendo frente a las futuras políticas y regulaciones que limiten las emisiones de gases de efecto invernadero.

3.3 Carbon Disclosure Project

Desde el punto de vista de la divulgación⁶⁰¹, a través de las memorias de sostenibilidad de las empresas extractivas, también se destaca el CDP, una organización sin ánimo de lucro, con sede en Londres, que tiene oficinas regionales y socios locales en 50 países⁶⁰². El elemento clave de éxito de este proyecto fue el apoyo de la comunidad inversora, que vio en la iniciativa la herramienta ideal para la

⁶⁰⁰ *Ibidem*, p. 7.

⁶⁰¹ En materia de divulgación también existen otros estándares que las empresas extractivas tienen en cuenta a la hora de divulgar su información son los GRI Standards (véase: <https://www.globalreporting.org/>), las directrices de la International Petroleum Industry Environmental Conservation Association (IPIECA, véase: <https://www.ipieca.org/>) o las directrices de la Sustainability Accounting Standards Board (SASB véase: : <https://www.sasb.org>).

⁶⁰² En la actualidad, hay empresas, ciudades, estados y regiones de más de 90 países que divulgan datos sobre las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) a través de CDP (constituyendo una de las mayores bases de datos en el mundo corporativo sobre gestión del cambio climático, agua y bosques).

recopilación transparente de información sobre la gestión de los riesgos y oportunidades de tipo climático y ambiental⁶⁰³.

Así, esta iniciativa se fundó en el año 2000 con la finalidad de que inversores y regiones, particularmente las ciudades, mejoren su capacidad de mitigar el riesgo, aprovechen las oportunidades, y tomen decisiones de inversión que impulsen la acción hacia un mundo más sostenible⁶⁰⁴. De este modo, este sistema de divulgación global busca gestionar el impacto en el medioambiente teniendo en cuenta principalmente los datos relativos a las emisiones de CO₂. Desde la visión de la empresa se entiende que va a ayudar a prevenir los cambios normativos y las políticas, a identificar y abordar los riesgos crecientes, así como a encontrar nuevas oportunidades de acción.

El CDP se centra concretamente en 3 áreas; clima, agua y bosques, y obtiene la información a través de una encuesta anual (la cual evoluciona de conformidad con las tendencias y expectativas de los grupos de interés) en estos 3 ámbitos. El sistema de puntuación es totalmente público y está disponible en su página web, asegurando así una mayor transparencia. La evaluación de las respuestas consta de 4 niveles diferentes que permiten valorar el grado de avance de las prácticas de gestión de las organizaciones en relación con i) la gestión de los principales riesgos y oportunidades; ii) la definición de objetivos y metas; iii) la evolución de las métricas de gestión; y iv) la responsabilidad del máximo órgano de gobierno en la toma de decisiones relacionadas con el aspecto ambiental⁶⁰⁵.

3.4 Zero Routine Flaring para el 2030

Según el Banco Mundial, la quema en sitios de producción de petróleo en todo el mundo provoca más de 350 millones de toneladas de emisiones de CO₂ cada año⁶⁰⁶. Si el gas que se quema a nivel mundial cada año se utilizara para la generación de

⁶⁰³ Club de Excelencia en sostenibilidad, Endesa, *Guía de buenas prácticas para la gestión del CO₂ en la empresa*, 2018. Disponible en: <https://www.compromisorse.com/upload/estudios/000/252/GUIA-DE-BUENAS-PRACTICAS-PARA-LA-GESTION-DEL-CO2-EN-LA-EMPRESA.pdf>. Recuperado en junio de 2021.

⁶⁰⁴ En concreto, la misión de CDP afirma: “We want to see a thriving economy that works for people and planet in the long term. We focus investors, companies and cities on taking action to build a truly sustainable economy by measuring and understanding their environmental impact”. CDP, *About us*. Disponible en: <https://www.cdp.net/en/info/about-us>. Recuperado en junio de 2020.

⁶⁰⁵ Club de Excelencia en sostenibilidad, Endesa, *Guía de buenas prácticas...op.cit.*, p. 32.

⁶⁰⁶ La quema rutinaria de gas es la quema durante las operaciones normales de producción de petróleo en ausencia de instalaciones suficientes o geología adecuada para reinyectar el gas producido, utilizarlo en el sitio o enviarlo a un mercado. Banco Mundial, *Zero Routine Flaring by 2030*. Disponible en: <https://www.worldbank.org/en/programs/zero-routine-flaring-by-2030>. Recuperado en junio de 2020.

energía, podría proporcionar alrededor de 750 mil millones de kWh de electricidad, o más que el consumo eléctrico anual actual del continente africano⁶⁰⁷.

Ante este contexto, en 2015, el Banco Mundial lanzó la iniciativa *Zero Routine Flaring* junto con el exsecretario general de la ONU, Ban Ki Moon. Esta iniciativa reúne a gobiernos, compañías petroleras e instituciones de desarrollo que reconocen que la situación de quema descrita es insostenible desde una perspectiva ambiental y de gestión de recursos. En la actualidad esta iniciativa está respaldada por 32 países, 41 empresas petroleras y 15 instituciones de desarrollo⁶⁰⁸.

De este modo, esta se presentó con el objetivo de eliminar la práctica existente de la industria petrolera de quemar gas de manera rutinaria en los sitios de producción para 2030, y garantizar que se desarrollen nuevos campos petroleros con soluciones de utilización de gas asociadas y sin quema o ventilación de rutina⁶⁰⁹. Los actores que respalden la iniciativa no sólo deberán llevar a cabo las medidas oportunas para cumplir con estos objetivos, sino que se comprometen a “informar públicamente sobre su quema y progreso de manera anual”⁶¹⁰.

3.5 International Finance Corporation Performance Standards

Las Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social de la Corporación Financiera Internacional del Banco Mundial (IFC por sus siglas en inglés)⁶¹¹ son una referencia internacional y han sido adoptadas, desde 2012, por muchas organizaciones como un elemento clave para la gestión del riesgo ambiental y social⁶¹². De manera global, las Normas establecen que estas son de aplicación a

⁶⁰⁷ *Idem*.

⁶⁰⁸ Para información actualizada véase: <https://www.worldbank.org/en/programs/zero-routine-flaring-by-2030#4>.

⁶⁰⁹ Banco Mundial, Press Release: *Countries and Oil Companies Agree to End Routine Gas Flaring, 2015*. Disponible en: <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2015/04/17/countries-and-oil-companies-agree-to-end-routine-gas-flaring>. Recuperado en junio de 2021.

⁶¹⁰ Banco Mundial, *Zero Routine Flaring by 2030*. Disponible en: <https://www.worldbank.org/en/programs/zero-routine-flaring-by-2030#5>. Recuperado en junio de 2021.

⁶¹¹ La Corporación Financiera Internacional (IFC), es una entidad perteneciente al Grupo Banco Mundial, y es la principal institución internacional dedicada exclusivamente al sector privado en los países en desarrollo. Corporación Financiera Internacional del Banco Mundial, Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social, 2012. Disponible en: <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/bbe68418-8480-4541-ba82-767b9350977c/IFCPerformanceStandardsSpanish.pdf?MOD=AJPERES&CVID=j-Bnepi>. Recuperado en junio de 2020. Para más información véase: Banco Mundial, Estándares Ambientales y Sociales (EAS). Disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/projects-operations/environmental-and-social-framework/brief/environmental-and-social-standards>. Recuperado en junio de 2020.

⁶¹² Además, IFC dispone de unas Guías generales sobre medio ambiente, salud y seguridad que ofrecen orientación técnica con ejemplos generales y sectoriales de buenas prácticas industriales internacionales para cumplir con estas Normas de Desempeño de IFC. Véase: IFC, *Guías sobre medio ambiente, salud y seguridad para las plantas de energía térmica*, 2018. Disponible en: <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/f108bb69-fc04-4922-943c-386566994110/0000360593ESes.pdf?MOD=AJPERES&CVID=iqeskpC>. Recuperado en junio de 2021.

todas las “actividades comerciales que entrañan riesgos y/o impactos ambientales y/o sociales”⁶¹³.

La IFC busca que las actividades que financia, en especial en países en desarrollo, tengan resultados positivos en materia de sostenibilidad ambiental y social. De este modo, estas son utilizadas por entidades financieras que tienen una visión y compromisos en esta materia, y tienen en consideración instrumentos internacionales, tales como los de la OIT y las Naciones Unidas, así como referencias a sistemas de gestión y otras normas voluntarias.

El desempeño que se espera es descrito en cada norma, así como los requisitos específicos establecidos para ayudar a su consecución. El objetivo esencial de estos se dirige a la mitigación de los riesgos con el fin de anticipar y evitar impactos adversos sobre los trabajadores, las comunidades y el medio ambiente en el momento que la organización emprende proyectos y actividades. Por lo tanto, aparte de facilitar el acceso al financiamiento, se espera contribuir a la sostenibilidad general de las operaciones de la organización y fomentar la generación de nuevas oportunidades de negocio, fortaleciendo la ventaja competitiva empresarial.

Para ello, las Normas de Desempeño de IFC se estructuran de conformidad a ocho temas:

- Desarrollo de un sistema de evaluación y gestión de los riesgos e impactos ambientales y sociales; con el fin de que las empresas adopten medidas para prever y evitar, minimizar, y/o, restaurar, los riesgos y los impactos sobre los trabajadores, las comunidades afectadas y el medio ambiente.
- Trabajo y condiciones laborales; a través de esta norma se evalúa el trabajo y las condiciones laborales de la empresa, con el objetivo de garantizar la seguridad y salud en el trabajo, prevenir el uso de trabajo forzoso, promover el trato justo, evitar la discriminación y establecer sistemas que permitan una buena relación entre los trabajadores y la dirección.
- Eficiencia del uso de los recursos y prevención de la contaminación; esta norma desarrolla un enfoque para mejorar la eficiencia en el uso de los

⁶¹³ Corporación Financiera Internacional del Banco Mundial, *Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social*, 2012, p. 7.

recursos y la prevención de la contaminación, de conformidad con tecnologías y prácticas internacionales. A través de las directrices se busca; a) evitar o minimizar los impactos adversos sobre la salud humana y el medio ambiente; b) promover un uso más sostenible de los recursos, entre ellos la energía y el agua; y, c) reducir las emisiones de GEI relacionadas con un proyecto.

- Salud y seguridad de la comunidad; esta norma vela por la salud y seguridad de la comunidad, con el fin de evitar o minimizar los riesgos para las comunidades que puedan estar afectadas.
- Adquisición de tierras y reasentamiento involuntario; mediante esta norma se pretende evitar el desalojo forzoso, el desplazamiento de las personas y/o mejorar las condiciones de vida de las personas desplazadas.
- Conservación de la biodiversidad y gestión sostenible de recursos naturales vivos; las indicaciones de la sexta norma buscan proteger y conservar la biodiversidad, fomentando el manejo sostenible de los recursos naturales vivos.
- Pueblos Indígenas; esta norma incluye la garantía, respeto y dignidad de los pueblos indígenas. Los proyectos deben promover los beneficios y oportunidades de desarrollo sostenible, evitar impactos adversos en la comunidad indígena, respetar y conservar la cultura de dichos pueblos.
- Patrimonio cultural; finalmente esta iniciativa también establece unas directrices para proteger el patrimonio cultural de los impactos adversos de las actividades del proyecto y el apoyo de su conservación.

Expuesto el contenido de las Normas de Desempeño de IFC se muestra que estas ofrecen un marco amplio para comprender y gestionar los riesgos ambientales y sociales de un proyecto. Para alcanzar sus objetivos se requiere que la institución financiera compruebe que el cliente comercial/destinatario de inversiones cumple con las Normas de Desempeño de IFC y con la legislación nacional pertinente, incluidas las leyes para la aplicación de las obligaciones asumidas por el país anfitrión según el derecho internacional⁶¹⁴. En caso de que la institución financiera detectara un incumplimiento de las Normas de Desempeño de IFC, y dependiendo de la gravedad del problema, esta podrá exigir al cliente comercial/destinatario de inversiones que

⁶¹⁴ Corporación Financiera Internacional del Banco Mundial, *Normas de Desempeño...op.cit.*, p. 4.

desarrolle un plan de medidas correctivas para abordar la cuestión dentro de un plazo razonable, y estipularlo como una condición de la transacción financiera con el cliente comercial/destinatario de inversiones⁶¹⁵.

3.6 Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales

Las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales⁶¹⁶ (en adelante la Directrices), son recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales, cuyo objetivo, tal y como establece el propio Prefacio de las Directrices, es “garantizar que las actividades de esas empresas se desarrollen en armonía con las políticas públicas, fortalecer la base de confianza mutua entre las empresas y las sociedades en las que desarrollan su actividad, contribuir a mejorar el clima para la inversión extranjera y potenciar la contribución de las empresas multinacionales al desarrollo sostenible”⁶¹⁷. Estas forman parte del documento “Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales”, a través de la cual directamente se recomienda a las empresas multinacionales que operan en sus territorios o tienen sede en ellos a observar las Directrices⁶¹⁸.

De este modo, las Directrices enuncian principios y normas voluntarias para una conducta empresarial responsable en aspectos como la publicación de información, los derechos humanos, el empleo y las relaciones laborales, el medio ambiente, la lucha contra la corrupción, los intereses de los consumidores, la ciencia y tecnología, y la competencia y la fiscalidad. Unos ámbitos cardinales que se entiende podrán mejorar la gobernanza de las actuaciones del sector extractivo y hacer frente a algunos de los riesgos que plantea el sector.

Las Directrices no anulan en ningún caso el derecho local aplicable, y en este sentido se ha afirmado que estas precisamente se han contextualizado en el marco de ciertos estándares internacionales⁶¹⁹. Teniendo en cuenta lo anterior, se entiende que estas no son un instrumento de derechos humanos sino más bien un instrumento de

⁶¹⁵ *Idem*.

⁶¹⁶ *Vide supra*, Capítulo 2. Su origen fue una respuesta a los esfuerzos gubernamentales por atraer inversión extranjera directa, en el marco del equilibrio entre la soberanía nacional de los Estados receptores y la garantía a las empresas de seguridad jurídica en sus inversiones internacionales. Martín Ortega, Olga, *Empresas multinacionales y derechos humanos...op. cit.*, p. 146.

⁶¹⁷ OECD, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, OECD Publishing, París, 2013, p. 15.

⁶¹⁸ En el texto de las Directrices se reproduce literalmente la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales de 25 de mayo de 2011.

⁶¹⁹ Martín Ortega, Olga, *Empresas multinacionales y derechos humanos... op. cit.*, p. 149.

gobernanza corporativa⁶²⁰. Una gobernanza que se debería entender básica para contribuir al desarrollo sostenible. En este sentido, la propia Comisión Europea, en el Libro Verde, hizo hincapié en que “debían tomarse medidas para garantizar un crecimiento sostenible y construir un sistema financiero internacional más fuerte” y que el “gobierno corporativo es un medio para frenar planteamientos a corto plazo perjudiciales y la asunción de riesgos excesivos”⁶²¹. Por lo tanto, toda empresa socialmente responsable, debería integrar de forma equilibrada en su estrategia empresarial tres criterios básicos, es decir cuestiones ambientales, sociales y de gobierno corporativo (Environmental, Social and Governance -ESG por sus siglas en inglés⁶²²). Por consiguiente, las Directrices serían un elemento clave para establecer las primeras pautas de conducta que permitan a toda empresa gestionar sus riesgos.

Finalmente, como el resto de las iniciativas voluntarias, las Directrices no son un instrumento jurídicamente vinculante. Sin embargo, las empresas que las adopten deberán aplicarlas en todos los países en los que operen. En cualquier caso, la única obligación formal para los gobiernos que suscriban las Directrices, es que deben establecer Puntos Nacionales de Contacto⁶²³ (entidad encargada, junto al Comité de la OCDE sobre Inversión y Empresas Multinacionales y dos comités consultivos, el *Business and Industry Advisory Committee* y el *Trade Union Advisory Committee*), y realizar el seguimiento e implementación de las Directrices.

3.7 Los Objetivos de Desarrollo Sostenible

En 2015, la ONU aprobó la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible con el objetivo de “dar una oportunidad para que los países y sus sociedades emprendan un nuevo camino con el que mejorar la vida de todos, sin dejar a nadie atrás”⁶²⁴. En

⁶²⁰ Hepple, B., *Labour law and global trade*, Hart, Oxford, 2005, p. 79, citado en Martín Ortega, Olga, *Empresas multinacionales y derechos humanos... op. cit.*, p. 148.

⁶²¹ Comisión de las Comunidades Europeas, Libro Verde, *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, COM (2001), 2011, p. 2. Este mismo texto define el gobierno corporativo como “el sistema por el cual las empresas son dirigidas y controladas y como una serie de relaciones entre el cuerpo directivo de una empresa, su consejo, sus accionistas y otras partes interesadas”

⁶²² Para más información véase, PwC, *ESG: Understanding the issues, the perspectives and the path forward*. Disponible en: <https://www.pwc.com/us/en/services/governance-insights-center/library/esg-environmental-social-governance-reporting.html>. Recuperado en junio de 2021.

⁶²³ El Punto Nacional de Contacto es una instancia para la promoción, divulgación y el efectivo cumplimiento de la puesta en práctica de la Líneas Directrices de la OCDE para el buen gobierno de las empresas multinacionales. Véase, Ministerio de Trabajo y economía social, El portal de la Responsabilidad Social, *Punto Nacional de Contacto*. Disponible en: <http://www.mites.gob.es/es/rse/puntocontacto/index.htm>. Recuperado en junio de 2020.

⁶²⁴ En el año 2000, líderes de 189 países se reunieron en Naciones Unidas para firmar la Declaración del Milenio, un documento histórico por el que se comprometieron a alcanzar, antes de 2015, un conjunto de ocho objetivos cuantificables, como la reducción de la pobreza extrema y el hambre a la mitad, la promoción de la igualdad de género o la reducción de la mortalidad

particular, se expresa que “constituyen un llamamiento universal a la acción para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y mejorar las vidas y las perspectivas de las personas en todo el mundo”⁶²⁵. Esta Agenda cuenta con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)⁶²⁶, 169 metas y 232 indicadores, que incluyen desde la eliminación de la pobreza hasta la lucha contra el cambio climático, la educación, la igualdad de la mujer, la defensa del medio ambiente o el diseño de las ciudades.

Los ODS no son jurídicamente vinculantes. No obstante, se espera que los países los acojan como propios y establezcan marcos nacionales para su logro, y se entiende que su cumplimiento y su éxito dependerá de las políticas, planes y programas de desarrollo sostenible que los países adopten. A tenor de lo anterior, es relevante mencionar que los ODS a diferencia de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), son universales, es decir, los primeros se focalizaron en los denominados “países en desarrollo”, mientras que los ODS constituyen un marco de referencia universal y se aplican a todos los países. Este cambio pone de manifiesto que, en realidad, todos los países se enfrentan a retos y tienen tareas pendientes en la consecución de todas las dimensiones del desarrollo sostenible planteadas en los ODS⁶²⁷. Unas dimensiones que en un inicio parecían no contemplar los derechos humanos. Sin embargo, poco a poco se ha ido reconociendo la necesidad de su

infantil. El alcance de los estos logros fue desigual y en enero de 2016, coincidiendo con el fin del plazo de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, se aprobó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (después de un proceso consultivo mundial sin precedentes de más de tres años) en la que se plantearon 17 nuevos objetivos con carácter integrado e indivisibles y que abarcan las esferas económica, social y ambiental. Para más información véase: SDGF: *De los ODM a los ODS*. Disponible en: <https://www.sdgfund.org/es/de-los-odm-los-ods>. Recuperado en junio de 2021.

⁶²⁵ Véase Naciones Unidas, *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>. Recuperado en junio de 2021.

⁶²⁶ ODS 1. Fin de la pobreza: Erradicar la pobreza en todas sus formas en todo el mundo; ODS 2. Hambre Cero: Poner fin al hambre, conseguir la seguridad alimentaria y una mejor nutrición, y promover la agricultura sostenible; ODS 3. Salud y bienestar: Garantizar una vida saludable y promover el bienestar para todos y todas en todas las edades; ODS 4. Educación de calidad: Garantizar una educación de calidad inclusiva y equitativa, y promover las oportunidades de aprendizaje permanente para todos. ODS 5. Igualdad de género: Alcanzar la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas; ODS 6. Agua limpia y saneamiento: Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos; ODS 7. Energía asequible y no contaminante: Asegurar el acceso a energías asequibles, fiables, sostenibles y modernas para todos; ODS 8. Trabajo decente y crecimiento económico: Fomentar el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo, y el trabajo decente para todos; ODS 9. Industria, innovación e infraestructuras: Desarrollar infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible, y fomentar la innovación; ODS 10. Reducción de las desigualdades: Reducir las desigualdades entre países y dentro de ellos; ODS 11. Ciudades y comunidades sostenibles: Conseguir que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles; ODS 12. Producción y consumo responsables: Garantizar las pautas de consumo y de producción sostenibles. ODS 13. Acción por el clima: Tomar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos; ODS 14. Vida submarina: Conservar y utilizar de forma sostenible los océanos, mares y recursos marinos para lograr el desarrollo sostenible; ODS 15. Vida de ecosistemas terrestres: Proteger, restaurar y promover la utilización sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar de manera sostenible los bosques, combatir la desertificación y detener y revertir la degradación de la tierra, y frenar la pérdida de diversidad biológica; ODS 16. Paz, justicia e instituciones sólidas: Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles; ODS 17. Naciones Unidas, *Alianzas para lograr los objetivos: Fortalecer los medios de ejecución y reavivar la alianza mundial para el desarrollo sostenible*. Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-development-goals/>. Recuperado en junio de 2021.

⁶²⁷ Oficina del Alto Comisionado, *Los derechos humanos y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/SDGS/Pages/The2030Agenda.aspx>. Recuperado en junio de 2021.

integración como elemento esencial para alcanzar el desarrollo sostenible⁶²⁸. En este sentido, los ODS y el sistema de derechos humanos se refuerzan mutuamente. Es decir, la consecución de los ODS va a tener un impacto sobre la protección de los derechos humanos y viceversa. Así, puede decirse que, con este enfoque de derechos humanos, se está aportando a la Agenda 2030 un carácter vinculante, a través de las convenciones y los pactos internacionales de derechos humanos y, lo que es más importante, los mecanismos de supervisión y rendición de cuentas.

Por otro lado, es preciso indicar que la Agenda 2030 ha sido ampliamente reconocida como el proceso más participativo de la historia de las Naciones Unidas. Su redacción tuvo en cuenta las aportaciones de todos los sectores implicados, generando así un gran sentido de pertenencia. Esto ha hecho destacar el papel esencial que tienen las empresas en su logro. En este sentido, la Comisión Europea hizo público un documento titulado “Reflexión hacia una Europa sostenible en 2030”, el cual se presentó como un primer paso para una futura estrategia europea de aplicación global de la Agenda 2030. En este se hallan menciones claras sobre el papel que las empresas podrían jugar. La propia Comisión Europea ha relacionado, por ejemplo, la aplicación de la estrategia de responsabilidad social de las empresas directamente con el ODS 9 (Industria, innovación e infraestructuras) y con el ODS 17 (Alianzas para lograr los objetivos). De este modo, las empresas han empezado a priorizar los ODS sobre los que tienen una mayor capacidad de impacto para así establecer objetivos y definir las metas e indicadores de seguimiento⁶²⁹. Si bien, cabe decir que, si se tienen en cuenta los Principios Rectores, y la relación intrínseca entre ODS y los derechos humanos, esta lógica debería cambiar. Es decir, la empresa no debe únicamente tener en cuenta los ODS, desde el punto de vista de su objeto social (por ejemplo, gestión del agua vs ODS 6- Agua y saneamiento), sino qué deberá hacer un mapeo de los riesgos que

⁶²⁸ Aunque en un inicio, existían dudas sobre si finalmente los derechos humanos iban a ser una parte esencial de la Agenda 2030, finalmente estos quedaron contemplados en la resolución final. Se encuentran recogidos en el preámbulo y en la declaración de intenciones como principios y compromisos comunes de la agenda. En particular se especifica que los ODS tienen por objeto hacer efectivos los derechos humanos de todas las personas y se añade a través de la meta 4.7. que los derechos humanos son parte esencial del conocimiento que deben adquirir las personas para alcanzar un mundo sostenible. Asamblea General, Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, Doc. ONU, A/RES/70/1, 21 de octubre de 2015.

⁶²⁹ Comisión Europea, *Reflection paper towards a sustainable Europe by 2030*, COM (2019)22, 30 de enero 2019. Véase también, Pacto Mundial. Red Española, El sector privado ante los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Guía práctica para la acción, 2016, así como el SDG Compass, La guía para la acción empresarial en los ODS. Esta guía ha sido desarrollada por los GRI Standards, Global Compact y WBCSD. El objetivo de la guía es ayudar a las empresas para que puedan alinear sus estrategias con los ODS y medir su contribución.

plantea su actividad, ¿sobre qué derechos humanos su actividad puede impactar con mayor probabilidad y gravedad?, y en base a ello, adoptar las medidas oportunas.

Teniendo en cuenta lo anterior, todos los sectores empresariales se encuentran implicados con la Agenda 2030, incluidas las empresas extractivas, tal y como puede verse en la ilustración 1.5. Sin entrar a discutir sobre la sostenibilidad o no de esta industria, los ODS se presentan como una excelente herramienta para empezar a mitigar estos impactos negativos, en especial desde la visión de estudio, si la empresa adopta un enfoque de derechos humanos.

Ilustración 1.5 Impacto de las Industrias Extractivas sobre los ODS



Fuente: PNUD⁶³⁰

Como se ha manifestado anteriormente, la extracción de estos recursos conlleva una serie de riesgos (corrupción, estancamiento económico, violaciones de los derechos humanos, degradación del ambiente, etc.), así la ilustración 1.6 ejemplifica los temas prioritarios de la Agenda 2030 para esta industria en relación con sus impactos. Un claro ejemplo son los conflictos que surgen en relación con los derechos sobre la tierra y los recursos. Estos derechos están presentes en el ODS 1 sobre la reducción de la pobreza: meta 1.4 (acceso a las tierras y los recursos naturales, al igual que su propiedad y control); en el ODS 2 sobre seguridad alimentaria y agricultura sostenible: meta 2.3 (acceso equitativo a las tierras, en particular para comunidades

⁶³⁰ PNUD, *Las industrias extractivas y los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, 2015.

indígenas); y en el ODS 5 sobre la igualdad de género: meta 5.a (derechos igualitarios a la tierra y los recursos naturales para las mujeres).

Ilustración 1.6 Temas prioritarios: industrias extractivas y ODS



Fuente: PNUD⁶³¹

Por otro lado, teniendo en mente la hipótesis de la “maldición de los recursos”⁶³², se destaca la importancia del ODS 16 sobre paz sostenible, acceso a la justicia e instituciones inclusivas, así como el ODS 17 sobre medios de implementación y la alianza mundial para el desarrollo sostenible. Estos incluyen metas cuyo propósito es reducir la violencia (16.1), controlar flujos financieros ilícitos (16.4), reducir la corrupción y los sobornos (16.5), garantizar el acceso público a la información (16.10), desarrollar instituciones responsables y transparentes (16.6), 16.7, garantizar las decisiones inclusivas, participativas y representativas, fortalecer la movilización de recursos nacionales (17.1) y movilizar recursos financieros adicionales (17.3), aumentar la disponibilidad de datos oportunos y fiables (17.18).

En el Capítulo 4 se analizará detenidamente el EITI, una iniciativa que se entiende podría contribuir al ODS 16 y el ODS 17. Asimismo, como se verá, a través de la última modificación del EITI (versión 2019)⁶³³, cuestiones relativas a la equidad de

⁶³¹ PNUD, *Las industrias extractivas...*, *op. cit.*

⁶³² Vide supra, 1.2 El impacto de la industria extractiva del petróleo y el gas en la economía.

⁶³³ Vide infra, Capítulo 4.

género, la divulgación de información sobre el impacto social y el cuidado del medio ambiente también son abordadas por el estándar, ampliando así los ejes sobre los que la iniciativa podría contribuir⁶³⁴. Partiendo de esta base, podría desarrollarse un futuro estudio que analice si las acciones llevadas a cabo por los países en el marco de sus actuaciones de implementación del EITI están teniendo alguna incidencia en los ODS.

3.8 Los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos

Para finalizar con esta aproximación de las iniciativas más significativas que están “regulando” el sector extractivo, y antes de dar paso al análisis del EITI en el próximo capítulo, es imprescindible detenerse en los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos (en adelante los Principios Voluntarios). Estos establecen las pautas y la conducta de las empresas para prevenir la vulneración de los derechos humanos y la generación de conflictos. De esta manera, los Principios Voluntarios son un instrumento dirigido principalmente a las empresas extractivas que tratan de establecer un equilibrio entre la seguridad y el respeto por los derechos humanos a nivel mundial. Asimismo, también hace partícipes como elementos de apoyo a los gobiernos y a la sociedad civil⁶³⁵. Una cuestión preocupante en relación con la adhesión de las empresas es la poca participación de las pequeñas empresas

⁶³⁴ Estas dos nuevas posturas podrían incidir en el ODS 5: Igualdad de género: asegurar la participación plena y efectiva de las mujeres y la igualdad de oportunidades de liderazgo a todos los niveles decisorios en la vida política, económica y pública (meta 5.5) y en el ODS 15: Vida de ecosistemas terrestres: promover la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos y promover el acceso adecuado a esos recursos, como se ha convenido internacionalmente (meta 15.6).

⁶³⁵ Actualmente los Principios Voluntarios cuentan con la participación como miembros de 10 países, 32 empresas y 14 ONGs. También existen organizaciones que pueden participar como observadores en las sesiones plenarias anuales, aunque sin derecho a voto. Principios Voluntarios, *VPs Governance Rules, Appendix 4 - Voluntary Principles Initiative framework for admission of observers*, artículo 3.3. Disponible en: <https://www.voluntaryprinciples.org/wp-content/uploads/2020/02/Governance-Rules-November-2019.pdf>. Recuperado en mayo de 2020. Para más información sobre estas entidades, véase: <https://www.voluntaryprinciples.org/the-initiative/>. Estos datos fueron extraídos en mayo de 2020 de la propia web de los Principios voluntarios <https://www.voluntaryprinciples.org/the-initiative/>). Cabe destacar la actual ausencia de Amnistía Internacional. En 2013 ésta notificó su decisión de poner fin a su participación en los procesos de múltiples partes interesadas que implementan los Principios. Ello no significa que no siga comprometida con los mismos, sino que pone de manifiesto que la falta de unos sistemas de rendición de cuentas sólidos para las empresas pone en entredicho la credibilidad y eficacia de la iniciativa. Amnistía internacional, *Declaración pública, Amnistía Internacional se retira de los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos*, 3 de junio de 2013. Índice AI: IOR 40/003/2013. Asimismo, unos meses antes, Oxfam notificó también su deseo de poner fin a su participación. Ésta declaraba; “our decision stems in large part from our frustration at the lack of meaningful progress in independent assurance, despite more than ten years of deliberation and discussion - and notwithstanding the commendable efforts of some companies to develop relevant indicators on the margins of the Voluntary Principles. We believe that independent assurance - as a condition of membership - is essential to building and maintaining the credibility of the VPs (Principios Voluntarios) and strongly encourage members to push for its adoption”. Véase: <http://business-humanrights.org/en/oxfam-leaves-voluntary-principles-for-security-and-human-rights-multi-stakeholder-initiative>. Recuperado en junio de 2021. Para más información sobre los miembros véase: <https://www.voluntaryprinciples.org/about/>.

extractivas, siendo este dato significativo ya que estas compañías suelen operar en entornos de alto riesgo en los que los abusos suelen ser muy elevados⁶³⁶.

Los Principios Voluntarios fueron creados en el año 2000 como una iniciativa multipartícipe jurídicamente no vinculante, que involucró a Gobiernos, empresas extractivas y organizaciones no gubernamentales⁶³⁷ con diferentes intereses. Estos fueron desarrollados en respuesta a una serie de denuncias sobre abusos contra los derechos humanos presuntamente cometidos por proveedores de seguridad contratados por la industria extractiva. Es por ello, que estos hacen referencia a los estándares internacionales de derechos humanos y siguen las directrices de los Principios Rectores, por lo que reconocen que mientras la protección de los derechos humanos permanece como una obligación principal de los Estados, las empresas por su parte tienen la responsabilidad de respetarlos. En este sentido, ayudan a las empresas a identificar los riesgos en materia de derechos humanos para tomar las medidas oportunas, y hacer frente a esos riesgos de tal manera que se garantice su respeto en el transcurso de las operaciones en materia de seguridad⁶³⁸).

Cabe decir que, a pesar de este carácter tripartito, su desarrollo ha sido entendido como un proceso a puerta cerrada que indica una tendencia a la privatización de los estándares corporativos globales de comportamiento⁶³⁹. Además, los Principios Voluntarios también han sido criticados por la falta de participación y de consulta a las comunidades ya que se entiende que estas son el foco aparente de la iniciativa. Los Principios Voluntarios son una iniciativa global pensada para ser aplicada a situaciones en las que las cuestiones sobre seguridad y derechos humanos colisionan y que no tiene en mente ningún país en concreto sino un sector determinado que opera

⁶³⁶ Hansen, Thomas, "Governing the Extractive Industries: The Extractive Industries Transparency Initiative (EITI) and the Voluntary Principles on Security and Human Rights as Transnational Regimes", artículo presentado en *The annual meeting of the ISA's 50th Annual Convention "Exploring the Past, Anticipating the Future"*, New York Marriott Marquis, New York City, Feb 15, 2009, p. 24.

⁶³⁷ Éstos son el resultado de un diálogo entre el *UK Foreign and Commonwealth Office*, el *US Department of State*, importantes empresas multinacionales del sector extractivo (incluyendo BP y Shell), importantes ONG, y uniones sindicales. Así, los partidarios iniciales de los mismos fueron los gobiernos del Reino Unido y Estados Unidos de América, así como las siguientes compañías y organizaciones: Chevron, Texaco, Freeport-McMoran, Conoco, Shell, BP, Rio Tinto, Amnesty International, Human Rights Watch, International Alert, Lawyers Committee for Human Rights, Fund for Peace, Council in Economic Priorities, Business for Social Responsibility, The Prince of Wales Business Leaders Forum, y el International Federation of Chemical, Energy, Mine and General Workers' Unions. Ver la declaración del gobierno de América y del Reino Unido. Para más información véase: <http://www.laohamutuk.org/Oil/PetRegime/volprin-usuk.pdf>. Recuperado en marzo de 2021.

⁶³⁸ Para más información véase, *Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos*. Disponible en: <https://www.voluntaryprinciples.org/the-principles/>. Recuperado en mayo de 2021.

⁶³⁹ Algunos países de origen fueron excluidos inicialmente del proceso ya que los gobiernos del Reino Unido y de los Estados Unidos creían que una menor participación aumentaría las posibilidades de llegar a un acuerdo. De la misma forma otros países receptores o empresas no fueron incluidos tampoco en el proceso de negociación. Hansen, Thomas, ...*op.cit.*, pp. 11-13.

en todo el mundo. Es decir, las diferentes comunidades que puedan verse afectadas en cada uno de los países podrán presentar unas características y unas necesidades específicas. ¿Deberían haber participado todas en el diálogo? ¿Estarían todas ellas efectivamente representadas? ¿Cómo se debería afrontar tal desafío?⁶⁴⁰

Teniendo en cuenta lo anterior, se ha de indicar que los Principios Voluntarios establecen que la empresa debe consultar con regularidad tanto al gobierno anfitrión como a las comunidades locales acerca del impacto de sus arreglos de seguridad sobre las comunidades. Esto es interesante ya permitirá llevar a cabo una evaluación de los impactos negativos con el fin de tomar las medidas necesarias para modificar comportamientos. No obstante, sería conveniente que la población afectada por los arreglos de seguridad fuera consultada e informada previamente en tanto estas medidas son susceptibles de afectarles directamente. Por consiguiente, el punto cardinal a discutir podría ser, no tanto la falta de participación en su desarrollo, sino el asegurar una consulta previa en cada caso.

Siguiendo esta composición, los Principios Voluntarios se estructuran en base a tres Pilares⁶⁴¹; i) el pilar empresarial; ii) el Pilar gubernamental; y iii) el Pilar de las ONG), y se ordenan a través del Pleno, el Comité de Dirección, la Secretaría y la Asociación de los Principios Voluntarios⁶⁴². En relación con su contenido, este se desarrolla en tres secciones que cubren los siguientes aspectos:

- El sistema interno de gestión de la empresa (evaluación de riesgos): esta sección pide a las empresas que evalúen los factores de riesgo en base a información creíble proveniente de una amplia gama de perspectivas, incluida la sociedad civil.
- Las interacciones entre las compañías y la seguridad pública; en este apartado se anima a las empresas a que ayuden a asegurar que las acciones del gobierno y las fuerzas de seguridad sean coherentes con la protección y la promoción de los derechos humanos. Para ello, las empresas deben mantener un diálogo con el gobierno, así como con la comunidad a la vez que animar al gobierno anfitrión a suscribir acuerdos de seguridad transparentes y de fácil acceso para

⁶⁴⁰ Sobre este aspecto véase el Capítulo 4, en particular el primer apartado.

⁶⁴¹ Para más información véase *Voluntary Principles*. Disponible en: <https://www.voluntaryprinciples.org/about/>. Recuperado en diciembre de 2021.

⁶⁴² VPs, *Governance Rules, 2019*, paragraph 1.

el público. Asimismo, se les pide que comuniquen sus políticas en materia de derechos humanos y que expresen su deseo que tales actuaciones se lleven a cabo conforme a las mismas.

- Las interacciones entre las compañías y la seguridad privada; este bloque llama a las empresas a que en caso de que necesiten la asistencia de compañías de seguridad privada, porque el Estado receptor no puede o no está dispuesto a proveer a la empresa con servicios de seguridad, aseguren que estas cumplen de igual forma con los estándares nacionales e internacionales en materia de derechos humanos.

Se ha destacar que los Principios Voluntarios no establecen ningún tipo de mecanismo de queja o reparación para las víctimas de los abusos cometidos por las fuerzas de seguridad privadas. En este punto surgen diversas preguntas; ¿cuál será la responsabilidad de la empresa por los actos cometidos por estas fuerzas de seguridad? ¿hasta dónde se extiende su responsabilidad por los abusos cometidos? ¿deberían tener algún tipo de responsabilidad y, por lo tanto, obligación de remediar? En este sentido, debe recordarse que el Principio 22 de los Principios Rectores establece que “si la empresa determina que ha provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas deberá repararlas o contribuir a su reparación” (Pilar 3)⁶⁴³. Finalmente, y muy importante, se establece que las empresas de seguridad privada deben limitarse a la prestación de servicios preventivos y defensivos y no deben involucrarse en actividades que son de exclusiva responsabilidad de las autoridades públicas. Por ello, no deja de sorprender el hecho que se estipule que se podrá utilizar la fuerza, aunque se detalle que solamente será en caso de ser estrictamente necesario y en una medida proporcional a la amenaza.

⁶⁴³ *Vide supra*, Capítulo 2.

CAPÍTULO 4

EL EITI, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA BUENA GOBERNANZA EN EL SECTOR DEL GAS Y EL PETRÓLEO

La industria extractiva es, así, un sector altamente estratégico, de gran relevancia a nivel económico y político. Este alto valor lo hace especialmente sensible en términos de gobernabilidad y, como es notorio, proclive a distintas formas de corrupción y abuso. Ambos fenómenos pueden tener consecuencias negativas sobre la gestión de los riesgos humanos y ambientales en las actividades básicas del sector: la exploración, la explotación y la distribución de recursos energéticos. La identificación de los riesgos y la constatación de impactos negativos recurrentes sobre el desarrollo sostenible en términos humanos, sociales y ambientales ha hecho que, tanto el sector empresarial, los Estados, las organizaciones internacionales y las ONG, hayan venido desarrollando diferentes iniciativas voluntarias e instrumentos legales orientados a determinar buenas prácticas en el sector para prevenir daños evitables y corregir posibles abusos. Uno de los aspectos más identificables de estas iniciativas ha sido el desarrollo de pautas globales de transparencia informativa sobre diferentes aspectos.

La transparencia en el sector extractivo, por supuesto, va más allá del esquema específico del EITI que se analiza con detalle en este capítulo. Es un aspecto promovido en subsectores extractivos variados. Ilustrativamente, en el ámbito de la

explotación forestal figura el Consejo de Administración Forestal⁶⁴⁴; en la minería se encuentra el Consejo Internacional de Minería y Metales⁶⁴⁵; en la extracción de diamantes el denominado *Proceso de Certificación de Kimberley*⁶⁴⁶; asimismo, se aborda también en la Carta de los Recursos Naturales⁶⁴⁷; y más en general, en las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*⁶⁴⁸, o en el *Pacto Global* de Naciones Unidas⁶⁴⁹. Esta investigación se limita a evaluar el estándar del EITI por ser el esquema de fomento de la transparencia que ha tenido mayor respaldo internacional dentro del sector del gas y el petróleo (si bien, como se ha observado en el capítulo anterior también se han presentado algunas iniciativas que establecen la transparencia como eje central).

Así, puede decirse que el EITI se ha descrito a sí mismo como un “estándar global para la buena gobernanza de los recursos petroleros, gasíferos y mineros, cuyo objetivo es garantizar la transparencia y la rendición de cuentas con respecto al modo en que se gobiernan los recursos naturales de un país”⁶⁵⁰. Y, sin duda, como se verá, desde su impulso las prácticas y la legislación relativa a la transparencia en el sector han avanzado positivamente donde este ha sido adoptado. Pero este fenómeno es más general; en la actualidad ya está presente en las dinámicas de la actividad empresarial global, dentro de una tendencia más amplia de refuerzo de los mecanismos de información no sólo sobre aspectos económicos del funcionamiento de las empresas

⁶⁴⁴ Para más información véase: *FSC España* en: <https://es.fsc.org/es-es>. Recuperado en noviembre de 2021. Véase también, por ejemplo, Pons Ràfols, Xavier y Sánchez Sánchez, Víctor M, “Chapter 12. Sustainability Labelling certification schemes on forest management” en Mar Campins Eritja (ed), *Sustainability, Labelling and Certification*, Marcial Pons, 2004, pp 311-340.

⁶⁴⁵ Para más información véase: *Consejo Internacional de Minería y Metales (ICMM)*, en <https://www.icmm.com/es>. Recuperado en noviembre de 2020. Véase también, por ejemplo; Macchione Saes, Beatriz, et al, “Justicia ambiental e irresponsabilidad social empresarial: el caso de la minera Vale SA”, en *Ambiente & Sociedade*, vol. 24, 2021, pp. 1-22.

⁶⁴⁶ Véase por ejemplo: Henleben, Claire, “The Kimberley Process' Legacy: How the 2000 Certification Process for Conflict-Free Diamonds Can Help Solve Contemporary Human Rights Violations within the Cobalt & Coltan Mining Industries” en *Loy. U. Chi. Int'l L. Rev.*, vol. 16, issue 1, 2020, pp.115- 127; Andrew Grant, J., “Conflict-Prone Minerals, Forced Migration and Norm Dynamics in the Kimberley Process and ICGLR” en *Environmental Conflicts, Migration and Governance*, Bristol University Press, 2020, pp. 197-218; Munier, Nathan, *The Political Economy of the Kimberly Process*, Cambridge University Press, 2020.

⁶⁴⁷ Para más información véase: *Natural Resource Governance Institute*, en <https://resourcegovernance.org/>. Recuperado en noviembre de 2021. Véase también, por ejemplo: Yañez Fuenzalida, N., “Derechos indígenas a los recursos naturales, al agua y al medio ambiente en el derecho internacional” en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, 2020, pp. 127-140.

⁶⁴⁸ Para más información véase: *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales...op.cit.* Véase también, por ejemplo: Fernández Martínez, Silvia, “Las líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales y su puesta en práctica por los puntos nacionales de contacto” en *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 10, núm. 2, 2020, pp. 101-129; Gil y Gil, J. L., (2020). “La responsabilidad de las empresas multinacionales por vulneración de los estándares laborales. Una perspectiva global” en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 10(2), 2020, pp. 6–70.

⁶⁴⁹ Para más información véase: *Pacto Mundial*, en <https://www.unglobalcompact.org/>. Recuperado en noviembre de 2021. Véase también por ejemplo: Guido Orzes, et. al, “The impact of the United Nations global compact on firm performance: A longitudinal analysis” en *International Journal of Production Economics*, vol. 227, 2020, pp. 1-13; Podrecca, Matteo; Sastor, Marco; Nassimbeni, Guido, “United Nations Global Compact: where are we going?” en *Social Responsibility Journal*, 2021, pp. 1-20; Sethi, S. Prakash y Schepers, Donald H. “United Nations Global Compact: The Promise-Performance Gap” en *Journal of business ethics*, vol.122 (2), 2014, pp.193-208; Leonard, Liam, *Beyond the UN global compact : institutions and regulations*, Emerald Books, 2015.

⁶⁵⁰EITI, *El Estándar EITI*, disponible en: <https://eiti.org/es/el-estandar-eiti>. Recuperado en noviembre de 2021.

(forma de protección de aspectos mercantiles) sino también de sus impactos sociales y ambientales (forma de protección de otros intereses públicos). Aunque quede fuera de esta tesis, sería fácil relacionar la proliferación de un nuevo derecho positivo relativo a la información de las empresas con la emergencia e implantación previa de diferentes iniciativas de RSE y su progresiva juridificación⁶⁵¹. El EITI es, eso sí, el único estándar normativo *sui generis* que sólo está orientado a la cuestión de la transparencia informativa en un sector económico concreto. De ahí el valor reforzado de su estudio. No sólo es la iniciativa de RSE más relevante en el sector del gas y del petróleo, sino que también es el referente más exigente en toda la panoplia de mecanismos de RSE sectoriales en marcha con respecto a la promoción de la transparencia informativa empresarial, y, por consiguiente, en la protección del derecho a la información que también se sustancia en paralelo. Por ello, al analizar, valorar y criticar su funcionamiento, se pueden extraer también orientaciones válidas para la potenciación de este derecho en otros sectores y mecanismos.

El EITI, por supuesto, permite a su vez abordar otras cuestiones comunes a cualquier mecanismo de RSE sectorial o genérico. Cuestiones como la participación de los *stakeholders* en su elaboración, seguimiento, desarrollo o control de la eficacia; la propia transparencia interna del mecanismo; o la rendición de cuentas, permiten a la par pergeñar conclusiones particulares sobre el sector y generales sobre la RSE.

En el momento de escribir la versión definitiva de la presente investigación, 56 países se encuentran adheridos al EITI⁶⁵². Como se ha explicado en la *Introducción*, es materialmente imposible hacer un examen exhaustivo de cada uno de ellos sin una visión más abstracta del mecanismo en sí. Para ilustrar y valorar el EITI, se han seleccionado dos estados implementadores, Nigeria y Colombia, que ya ayudan, por sus particularidades, a formular reflexiones interesantes⁶⁵³. En este sentido, entre otros aspectos, este examen ha permitido hacer una primera valoración de los compromisos de comportamiento de ambos países sobre los aspectos cubiertos por el EITI. Por poner un ejemplo, los Estados se comprometen a hacer llegar información con carácter anual, la cual debe hacer referencia al año financiero anterior. Esto permitirá ver en

⁶⁵¹ *Vide supra*, Capítulo 2.

⁶⁵² *Vide infra*, 1.4.2 Grupo de Estados afiliados.

⁶⁵³ Véase Anexo 4 para información sobre las principales características del sector extractivo en Nigeria y Colombia, así como el estado de los principales indicadores de gobernabilidad en ambos países.

qué medida los países implementadores envían la información requerida cumpliendo con los calendarios establecidos, así como la “calidad” o la “significatividad” de esa información. Aunque esta evaluación no puede demostrar, por sí misma, que el EITI esté funcionando bien con respecto a su fin esencial de mejorar la gobernanza de los recursos naturales, sí puede permitir ver el compromiso de los Estados con el mecanismo.

Así, aunque mucho más complejo, en un futuro sería recomendable la realización de un estudio general sobre el impacto real del EITI en la mejora de la gobernanza de los recursos naturales del gas y el petróleo (y otros recursos minerales) que ayude a detectar, a través de un estudio de campo, qué medidas o soluciones son necesarias para mejorar su eficacia en ese sentido. Por ejemplo, este se podría llevar a cabo fijando indicadores de resultado y de comportamiento, y evaluando su progresión en el tiempo desde los primeros pasos de los Estados para formar parte del esquema (y esto aunque el EITI no se haya fijado nunca objetivos cuantitativos de resultados); cuántos Estados, cuántas empresas, qué volumen de mercado supone con respecto al sector, si hay o no una mejora en los resultados económicos o en el volumen de recursos que se destina a los presupuestos públicos, en concreto, en las partidas sociales.

1. Origen, constitución y estructura orgánica

Una parte relevante de los análisis de cualquier mecanismo de RSE es presentar los aspectos histórico-políticos que alumbran su creación. Sus orígenes muestran las motivaciones que impulsaron en su gestación a los actores principales; las dificultades para lograr plasmar sus intereses contrapuestos en un esquema compartido de RSE; y las esperanzas reales que se depositaron en su fundación. Todo ello queda después reflejado en los rasgos formales y sustantivos básicos: naturaleza, fines, estructura orgánica, procedimientos, etc. Además, estos procesos también permiten analizar varios planos de la “legitimidad” originaria de la iniciativa (cuestión que es estudiada en general para todos los marcos regulatorios voluntarios como el EITI⁶⁵⁴, y cuyo

⁶⁵⁴ Véase, en general Van der Grijp Nivolien et al., “Chapter 14. A comparative analysis of cross-cutting issues” en Mar Campins Eritja (ed), *op.cit.*, p. 371-386.

estudio ofrece factores de valoración de esa laxa categoría ético-política que se alude bajo el término de la “legitimidad” de algo).

Como es sabido, la cuestión de la “legitimidad” de un ente o norma que orienta la conducta de otros es un campo de estudio tratado desde diferentes ámbitos como la Ciencia Política, la Filosofía Jurídica, la Filosofía Política, la Economía, etc.⁶⁵⁵. Es obvio, que ninguno de los modelos contemporáneos de legitimidad de las instituciones públicas en sentido propio sirve para resolver la cuestión de la “legitimidad” del proceso de creación, mejora o aplicación de un código de conducta industrial⁶⁵⁶, aunque lleve en su interior un elemento gubernativo latente. Siguiendo en estos aspectos a Keller, en general la legitimidad de las formas de gobernanza privadas o semiprivadas puede considerarse que se proyecta sobre dos planos: el input *legitimacy* y el output *legitimacy*, es decir su legitimidad interna y externa.

La primera se refiere a la calidad participativa del proceso. Esto implica que la mayor variedad y número de partes interesadas relevantes en el mismo, incluidos los afectados por la actividad y el marco regulador⁶⁵⁷, deberían poder participar de modo significativo en el proceso de maduración del código de conducta o iniciativa, así como en la posterior institucionalización de la iniciativa, o en su desarrollo y aplicación. En otras palabras, se debe tener en cuenta quién formula o quién establece el marco del proceso constitutivo, y quién participa luego en su ejecución o desarrollo, así como el grado de participación de cada parte interesada, y los modos de gestión de los conflictos de intereses que puedan surgir durante el proceso entre todas las partes involucradas. Esto implica también que se brinde al máximo rango de partes interesadas herramientas adecuadas para cuestionar mediante procesos deliberativos o de vigilancia del funcionamiento y contenido general del esquema, lo que se llama la “incorporación de la disidencia”⁶⁵⁸.

La segunda vertiente, la “legitimidad de los resultados” (*output*) es una cuestión que en Derecho se resuelve analizando la eficacia del mecanismo como modo de

⁶⁵⁵ Keller Helen, “Corporate codes of conduct and their implementation: the question of legitimacy” en Rudiger Wolfrum and Volker Röben (ed.), *Legitimacy in International Law*, Springer, 2008, pp. 28 a 39.

⁶⁵⁶ Keller, Helen, *op.cit.*, pp. 219-298.

⁶⁵⁷ Cafaggi Fabrizio, “A comparative analysis of transnational private regulation: legitimacy, quality, effectiveness and enforcement”, en el marco del Proyecto de investigación *Private Transnational Regulatory Regimes- Constitutional Foundations and Governance Design*, European University Institute - Department of Law (LAW), Legal Research Paper Series, No. 2014/15, 2014, 15-16.

⁶⁵⁸ *Ibidem*, p.1.

conseguir los objetivos concretos que motivaron su creación; y siempre resulta más complicada de establecer⁶⁵⁹. Es decir, la capacidad real y la eficiencia para contribuir a la resolución de los problemas que motivaron su creación⁶⁶⁰. Si bien, como se ha adelantado, la metodología establecida en este trabajo no permite conocer la eficacia del EITI para mejorar la gobernanza del sector, este estudio (al final del capítulo) ha intentado presentar un enfoque propio que ayude al EITI a asegurar que los Principios establecidos pueden aplicarse en los Estados implementadores de manera más eficaz, para así intentar asegurar, en este caso, que la transparencia consigue materializarse⁶⁶¹.

Así, este primer apartado se centra en el input *legitimacy*, el origen y concreción de la iniciativa. En este sentido concreto, el EITI se muestra como un mecanismo con una buena legitimidad de origen. *La relación entre la autoridad del EITI como régimen o institución y aquellos grupos de interés que lo instauran y quedan sujetos a ella es óptima*. El EITI es un estándar de conducta en cuya elaboración han participado todas las categorías de destinatarios posibles de sus obligaciones; con una vocación claramente inclusiva en su desarrollo; y cuyo vigor particular queda también condicionado por la aceptación de los mismos. Esta participación y aceptación robustece el sustrato socio-normativo del EITI y, en principio, sería una buena base para lograr los resultados deseados (*output legitimacy*), aunque nunca se haya planteado como una base suficiente por sí misma a tales efectos.

1.1 Orígenes

Con respecto a su creación, el EITI es una iniciativa singular en el panorama de la RSE. Fue alentada desde el ámbito gubernamental y el guante lanzado fue recogido y

⁶⁵⁹ Algunos intentos de valoración en este sentido del EITI han sido desarrollados por la academia ofreciendo resultados ambiguos, en buena medida, por la disparidad metodológica aplicada: Van Alstine, James, “Critical reflections on 15 years of the Extractive Industries Transparency Initiative (EITI)” en *The Extractive Industries and Society*, 4, 2017, p. 769; Corrigan, Caitlin C., “Breaking the resource curse: Transparency in the natural resource sector and the extractive industries transparency initiative” en *Resources Policy*, 40, 2014, pp. 17-30; Ölcer, Dilan (2009) “Extracting the maximum from the EITI”...*op. cit.*; Aaronson, S. A, *Oil and the public interest*, VOX CEPR Policy Portal, 2008. Disponible en: <https://voxeu.org/article/can-transparency-extractive-industries-break-resource-curse>. Recuperado en noviembre de 2021. Sobre estos estudios véase también: Corrigan, Caitlin C., “The effects of increased revenue transparency in the extractives sector: The case of the Extractive Industries Transparency Initiative” en *The Extractive Industries and Society*, 4, 2017, pp. 779-787; Kasekende, Elizabeth, Abuka, Charles, Sarr, Mare, “Extractive industries and corruption: Investigating the effectiveness of EITI as a scrutiny mechanism” en *Resources Policy*, 48, 2016, pp. 117-128; Sovacool, Benjamin K, Walter, Götz, van de Graaf, Thijs and Andrews, Nathan, “Energy Governance, Transnational Rules, and the Resource Curse: Exploring the Effectiveness of the Extractive Industries Transparency Initiative (EITI)” en *World Development*, 83, 2016, pp. 179-192; Adunbi, Omolade, “Extractive practices, oil corporations and contested spaces in Nigeria” en *The Extractive Industries and Society*, 2019, pp. 1-8 (article in press); Villara, Paul Fenton, Papyrakisa, Elissaios, “Evaluating the impact of the Extractive Industries Transparency Initiative (EITI) on corruption in Zambia” en *The Extractive Industries and Society*, 4, 2017, pp. 795–805.

⁶⁶⁰Scharpf, F., *Governing in Europe: Effective and democratic?*, Oxford University Press, 1999.

⁶⁶¹ *Vide infra*, 4. El principio de seguridad jurídica ante el EITI.

desarrollado por los tres sectores que interactúan ordinariamente en la RSE, el gubernativo, el empresarial y el social. Conviene conocer en qué contexto y bajo qué racionalidad se inició su articulación global.

1.1.1 Estudios, denuncias, y el caso BP

A finales de los años 90 y principios de la década del 2000, como se ha visto, se había desarrollado una extensa literatura sobre la “maldición de los recursos naturales” con autores de referencia como Jeffrey Sachs, Joseph Stiglitz o Paul Collier, entre otros, que denunciaban y detallaban cómo los potenciales beneficios del petróleo, el gas y la minería no se gestionaban adecuadamente, provocando graves dificultades económicas y políticas en los países huésped, con consecuencias negativas para el bienestar social⁶⁶². De la misma época son varios informes específicos que se centraron precisamente en la falta de transparencia informativa sobre las operaciones realizadas por las principales EMN en este sector. En particular, se destacaba que la falta de información significativa, que acreditara los beneficios reportados a los estados huéspedes sobre esta actividad, era uno de los males asociados a este sector. Uno de los más influyentes fue el elaborado por *Human Rights Watch* titulado “The Price of Oil; Corporate Responsibility and Human Rights Violations in Nigeria’s Oil” (1999)⁶⁶³. En este se presentaban acusaciones muy graves contra la gran petrolera *Shell* por, supuestamente, haber colaborado con la represión del grupo étnico-político de los Ogoni en Nigeria. Otro informe destacable fue el presentado por *Global Witness*, una ONG registrada en Gran Bretaña especializada en el seguimiento de las relaciones entre la explotación de los recursos naturales y la vulneración de derechos humanos. El informe titulado “A crude Awakening: the role of the Oil and Banking Industries in Angola’s Civil War and the Plunder of State Assets” (1999)⁶⁶⁴ indicaba que el secretismo sobre los ingresos del petróleo en Angola había facilitado la corrupción y la prolongación de su guerra civil. Ambos textos de denuncia coincidían en la recomendación tanto a las autoridades públicas como a las empresas del sector a:

⁶⁶² *Vide supra*, Capítulo 3.

⁶⁶³ Manby Bronwen, *The Price of Oil; Corporate Responsibility and Human Rights Violations in Nigeria’s Oil Producing Communities*, 1999 (informe redactado para *Human Rights Watch*). Este documento informaba sobre los abusos de los derechos humanos asociados a la extracción de petróleo en Nigeria.

⁶⁶⁴ Global Witness, *A crude Awakening: the role of the Oil and Banking Industries in Angola’s Civil War and the Plunder of State Assets*, 1999.

“to publish all documents relating to payments, gifts or contracts in relation to operations in the oil producing communities, including payments of compensation for oil spillages”⁶⁶⁵.

Ambos estudios tuvieron mucho eco entre las ONG, gobiernos, organismos internacionales y empresas, y se establecieron como la base del debate sobre las medidas a adoptar para cambiar la situación. Las reacciones fueron muy variadas. Por ejemplo, en el 2000, el Banco Mundial anunció que llevaría a cabo una valoración general sobre las actividades financieras en el sector de la industria extractiva (gas, petróleo y minería)⁶⁶⁶. Por otro lado, la colaboración de un número relevante de ONG dio lugar al lanzamiento, en junio de 2002, de la campaña titulada “Publish What You Pay”(PWYP). Más de un centenar de ONG reclamaron la necesidad de que los actores pertinentes publicaran los ingresos obtenidos de las actividades extractivas. Esta campaña se transformó con el tiempo en una coalición permanente de ONG que impulsaba la publicación de esta información⁶⁶⁷. Así, la industria petrolera, los bancos y los gobiernos involucrados en prácticas deletéreas, se vieron señalados públicamente para que modificasen sus políticas opacas en aras a adoptar una de “total transparencia.” Esto motivó, por ejemplo, que algunas empresas unilateralmente anunciaran la publicación de los pagos realizados a los gobiernos de los Estados donde operaban (con consecuencias previsibles). El caso de referencia fue la política seguida por BP. Esta decidió publicar los pagos realizados al gobierno de Angola por una licencia de explotación en 2001⁶⁶⁸, comprometiéndose además a publicar más información en el futuro. Lo que sucedió a continuación muestra con claridad los límites de cualquier política de “principios” llevada a cabo independientemente por una empresa, y apuntaba a dónde parecía situarse el núcleo que causaba la opacidad informativa de la que adolecía el sector. Las autoridades gubernativas de Angola reaccionaron con desagrado a la iniciativa empresarial. En sus memorias de 2010 tituladas *Beyond Business*, Lord John Browne, el entonces Presidente de BP,

⁶⁶⁵ Manby Bronwen, *op.cit.*..., p. 9 y 21.

⁶⁶⁶ Los trabajos del Banco Mundial dieron lugar a un informe final titulado “Hacia un mejor equilibrio: El Grupo del Banco Mundial y las Industrias Extractivas”, *Informe final de la Reseña de las industrias Extractivas*, de 17 de septiembre de 2004. Véase, p.iii.

⁶⁶⁷ Van Oranje Mabel y Parham Henry, *Publishing what we learned: An Assessment of the Publish What You Pay Coalition*, 2009, p. 25-27. En 2012 se constituyó como coalición de ONG. Entre las impulsoras estaban Global Witness, Oxfam y Save the Children.

⁶⁶⁸ Global Witness, *Campaign success: BP makes move for transparency in Angola*. Press release, 12 febrero 2001, Disponible en: <https://www.globalwitness.org/en/archive/campaign-success-bp-makes-movetransparency-angola/>. Recuperado en noviembre de 2021.

recordaba que había recibido una carta del Presidente de la *Angolan National Oil Company* señalando que:

“It was with great surprise, and some disbelief, that we found out through the press that your company has been disclosing information about oil-related activities in Angola”⁶⁶⁹.

De este modo, parecía obvio que si no se cambiaba el marco regulatorio de alguna forma que permitiera ejercer los controles (y la presión implícita) sobre los gobiernos de los Estados huésped de las actividades extractivas, las empresas del sector debían escoger a qué remolino enfrentarse: el Caribdis del desprestigio reputacional al que les podía conducir la presión social; o *la Escila gubernamental, cuyo enfado, reticencia y oposición, era el factor más determinante de la opacidad de las transacciones en este sector*⁶⁷⁰. Así, este es el motivo de la naturaleza especial del EITI desde su impulso original. El destinatario más importante de la obligación de informar fijada por la campaña PWYP debía ser obviamente los gobiernos de los Estados, sin cuyo beneplácito las EMN debían escoger la alternativa de juego menos “costosa”; o renunciar a sus concesiones de explotación a futuro; o correr con los riesgos del “señalamiento” de las ONG por la falta de transparencia. Las EMN, lógicamente, también abogaron por el cambio del eje de la transparencia reclamado por las ONG; de las empresas hacia los Estados. Si las compañías debían informar, esto sólo se podía hacer correctamente dentro de un esfuerzo colectivo que incluyera a los gobiernos de los Estados implicados, con el fin de que aquella información no fuera tomada como un acto hostil. Cerrada esa variable política de la ecuación, el mecanismo de información que se impulsara debiera ser más eficaz en términos de resultados, y además no podría ser tachado como una injerencia ilícita en los asuntos internos de los países contraria al principio de no intervención en los asuntos propios de la jurisdicción interna de los Estados, o al principio de libre determinación y de soberanía permanente sobre los recursos naturales⁶⁷¹, puesto que la participación de los Estados sería también voluntaria.

⁶⁶⁹ EITI, *History of the EITI*. Disponible en <https://eiti.org/history>. Recuperado en noviembre de 2021.

⁶⁷⁰ Como se ha expresado anteriormente, el monopolio de la legislación/coerción y el principio de la soberanía de los recursos naturales son aspectos básicos del poder de intervención del Estado, por lo que parece obvio el enfoque adoptado para el desarrollo del EITI. *Vide supra*, 2.2.2 Empresas Multinacionales y Estados: cooperación y conflicto de intereses, Capítulo 1. Véase también, *vide infra*, 1.2 Naturaleza del EITI.

⁶⁷¹ *Vidre supra*, Capítulo 3.

1.1.2 La iniciativa Tony Blair

Dentro de esa dinámica, en septiembre de 2002, el entonces primer Ministro del Reino Unido Tony Blair, elevó la idea de la transparencia a rango de iniciativa política durante el *World Summit on Sustainable Development* celebrado en *Johannesburgo*⁶⁷².

En su discurso, ante el *Foro Mundial*, remarcó la importancia de mejorar la transparencia dentro del sector extractivo mediante la elaboración de un estándar de conducta en esta materia en el que participasen empresas, ONG y gobiernos. La idea no era muy distinta a la impulsada por las ONG con la campaña PWYP, es decir, crear una iniciativa global que promoviera la transparencia de los pagos e ingresos llevados a cabo en el sector del petróleo, gas y minería, con el objetivo de que esa información ayudara, en especial a los países en vías de desarrollo, a comportarse de un modo socialmente más responsable. La premisa de fondo era también que, a más información pública, mayor posibilidad de que gobiernos y empresas se comportaran de forma responsable:

“I firmly believe that the initiative can make a significant contribution to ensuring that the proceeds from mining and energy industries are used for development”⁶⁷³.

En la misma línea, en 2003, el G8 dio un impulso muy significativo al objetivo a través de una declaración titulada “Fighting Corruption and Improving Transparency”⁶⁷⁴, la cual se dirigía a luchar en general contra el “mismanagement of public resources in both revenue raising and expenditures”, y que igualmente, se configuraba bajo la premisa de que la transparencia reduce las facilidades para la corrupción y promueve la buena gobernanza⁶⁷⁵. Ese mismo año, en octubre de 2003, la Asamblea General de la ONU adoptó la *Convención contra la Corrupción*⁶⁷⁶, que menciona en diez ocasiones “la transparencia” como una de las claves para la

⁶⁷² UK EITI, What is EITI? Disponible en: <https://www.ukeiti.org/what-eiti>. Recuperado en noviembre de 2021.

⁶⁷³ Tony Blair, discurso en la Primera conferencia plenaria EITI en 2003. Ólcer, Dilan, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁷⁴ Publicado en <http://www.mofa.go.jp/policy/economy/summit/2003/dec-2.pdf>. Recuperado en noviembre de 2021.

⁶⁷⁵ Como se verá, el EITI requiere divulgación en muchas de las áreas más propensas al riesgo de corrupción, de acuerdo con las áreas de riesgo identificadas por la OCDE respecto a la corrupción en la Cadena de Valor Extractivo. OECD, *Corruption in the Extractive Value Chain: Typology of Risks, Mitigation Measures and Incentives*, OECD Development Policy Tools, OECD Publishing, 2016.

⁶⁷⁶ Resolución 58/4, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Doc. ONU, A/RES/58/4, de 21 de noviembre de 2003.

prevención, detección y persecución de la corrupción pública⁶⁷⁷, destacando por ejemplo en su art. 9 bajo el título de “Contratación pública y gestión de la hacienda pública”, la necesidad de establecer sistemas apropiados de contratación pública “basados en la transparencia” para “prevenir la corrupción”. Por lo tanto, el origen político de lo que más tarde se convertiría en el EITI, está contextualizado en un movimiento global a favor de la transparencia informativa pública como modo de luchar contra la corrupción pública.

Así, el Gobierno británico, bajo el liderazgo de Tony Blair, convocó los primeros encuentros entre la sociedad civil, las empresas y los representantes de los gobiernos, para discutir sobre el informe elaborado por su gobierno titulado “The Extractive Industries Transparency Initiative Discussion Paper”⁶⁷⁸. Este quedó posteriormente abierto “a todos los comentarios y sugerencias”⁶⁷⁹.

1.1.3 Método de elaboración y desarrollo de los Principios y Requisitos EITI

Es importante tener en cuenta que el aumento de los estándares voluntarios como complemento a la legislación pueden representar una evolución del marco regulatorio, no obstante, estos no alcanzan la categoría de derecho positivo por sí mismos. De este modo, como se ha adelantado, una de las cuestiones que emergen en su evaluación es la necesidad de determinar su legitimidad⁶⁸⁰. Se busca así, la aprobación y el empoderamiento de los actores privados en la propia sociedad, en tanto no existe una autoridad supranacional que delegue su poder a estos actores⁶⁸¹.

Así, la buena acogida de la iniciativa de Tony Blair desembocó en la celebración de la Primera Conferencia del EITI que tuvo lugar en Londres en junio de 2003, y a la que los participantes iniciales asistieron por invitación del Gobierno de Gran

⁶⁷⁷ Véase en especial los arts. 5.1; 7.1 a), 8.3 y 4, 9.1 y 2, 10, 12.2 c), y 13.1 a) de la citada Convención.

⁶⁷⁸ Se celebró una sesión de trabajo previa celebrado en Londres el 11-12 febrero de 2003, véase el resumen del seminario en: *The Extractive Industries Transparency Initiative Discussion Paper for International Stakeholders Meeting 11-12 February 2003*. Disponible en: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20090422162046/http://www2.dfid.gov.uk/pubs/files/eitipaper.pdf>. Recuperado en noviembre de 2021. Es importante tener en cuenta la inclusión de los principales actores de la industria extractiva en el proceso de Desarrollo. *Vide supra*, Capítulo 3.

⁶⁷⁹ Department for International Development *Report of the EITI Workshop*, Annex 4. Citado en Institute for Multi-Stakeholder Initiative Integrity, *2013 Institute for Multi-Stakeholder Initiative Integrity, 2013 MSI Evaluation Report, Extractives Industries Transparency Initiative, Working Report, 2013*, p. 10.

⁶⁸⁰ Van der Grijp Nivolien et al., *op.cit.*, p. 382.

⁶⁸¹ En el Capítulo 3, se han presentado las principales iniciativas a las que las EMN del sector extractivo están adheridas con el fin de establecer si estas empresas se están dotando de herramientas que les permitan hacer frente a los principales riesgos que presenta el sector. En este sentido, podría llevarse a cabo un estudio más exhaustivo de las mismas que incluya el análisis sobre su grado de legitimidad.

Bretaña.⁶⁸² A la Conferencia asistieron 130 delegados que representaban una amalgama variada de intereses:

- 31 gobiernos⁶⁸³;
- 18 EMN del sector del gas y el petróleo, entre las que figuraban varias de las productoras de petróleo y gas más importantes como la Anglo-American, BP, Chevron Texaco, ExxonMobil, o Repsol. Las EMN eran fundamentalmente del mundo occidental);
- 4 grandes patronales internacionales de mismo sector (como la *American Petroleum Institute*);
- representantes de organizaciones internacionales o intergubernamentales: la Unión Europea, el Fondo Monetario Internacional, la OCDE, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (UNDP) y el Banco Mundial;
- entidades de inversión (como la *Co-operative Insurance Services* o la *Central Finance Board for the Methodist Church*); y
- 12 ONG, entre otras, *Global Witness*, *CARE International*, *Human Rights Watch*, *Save the Children*, etc.⁶⁸⁴

Así, en esta Primera Conferencia, Gobiernos, ONG, EMN, asociaciones de empresarios y sindicales, así como organizaciones internacionales regionales y universales, debatieron, propusieron, colaboraron y consensuaron los *Principios Fundacionales*⁶⁸⁵ del EITI a través de una “Declaración de apoyo”, aprobada por unanimidad de los delegados presentes, la cual entendía que el EITI mejoraría la gobernanza de los recursos del gas y del petróleo y reduciría los riesgos comerciales de las empresas. El mecanismo de aprobación descrito expresaba, por consiguiente,

⁶⁸² El resumen de esta conferencia se puede encontrar en *Report of the Extractive Industries Transparency Initiative (EITI). London Conference, 17 June 2003*. Disponible en <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20090422161955/http://www2.dfid.gov.uk/news/files/eitireportconference17june03.asp>. Recuperado en noviembre de 2021.

⁶⁸³ Argelia, Angola, Australia, Azerbaiyán, Bélgica, Botsuana, Camerún, Canadá, Chile, China, República Democrática del Congo, Guinea Ecuatorial, Francia, Alemania, Ghana, Indonesia, Italia, Japón, Kazajistán, Mozambique, Países Bajos, Nigeria, Noruega, Rusia, Sierra Leone, South África, Timor-Leste, Trinidad y Tobago, Reino Unido, Estados Unidos, Yemen. Este listado de países muestra que la invitación se extendió a través de todos los continentes tanto a Estados huésped como a los Estados de las empresas matrices.

⁶⁸⁴ La lista de los asistentes puede revisarse en: *Extractive Industries Transparency Initiative Conference: Attendance list*. Disponible en: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20090422162019/http://www2.dfid.gov.uk/pubs/files/eitidraftreportattendance.pdf>. Recuperado en noviembre de 2021.

⁶⁸⁵ Véase EITI, *Parte I, Los Principios del EITI*, 2003.

un grado de legitimidad sobresaliente en lo que atiende a la participación plural esperable en la elaboración de una herramienta de este tipo. Si se tiene en cuenta que en los procesos de elaboración de otros instrumentos no ha sido usual la presencia del Tercer Sector, es loable el espíritu inclusivo que presidió el nacimiento del EITI.⁶⁸⁶ Y, sin embargo, algún autor ha visto elementos de *deslegitimación* en el alumbramiento del EITI en lo que podría parecer una aproximación demasiado rigorista a la cuestión. Así, se ha criticado la no presencia en los trabajos preparatorios, y en la Primera Conferencia, de las “affected communities”⁶⁸⁷, en los siguientes términos:

“both *citizens* of host countries directly affected by resource extraction (e.g. those who work at or live near mines, processing facilities or transportation routes) and, more broadly, *the public and future generations of nations* whose governments receive money from extraction contracts”.

Algo, que, si fuera aceptado como parámetro de legitimidad de cualquier esquema de este tipo, o de la aprobación de cualquier ley pública, volvería ilegítima, por imposible fácticamente, cualquier iniciativa normativa. Hay alrededor de 100 países productores de gas y petróleo (Ilustración 1.7). ¿Todos los “ciudadanos” afectados directamente debieran haber participado en la elaboración del estándar? ¿Cómo? ¿A través de sus respectivos representantes locales? ¿De qué tipo? ¿Políticos, sindicales, asociativos, elegidos *ad hoc*? Menos concreto resulta aún el argumento de la no representación de las “futuras generaciones de las naciones”⁶⁸⁸. ¿Eso exactamente cómo se sustancia si todavía no existen? En realidad, más relevante que la ausencia de representación plural de “todos” los colectivos hipotéticamente afectados en su desarrollo inicial, sería la imposibilidad de la implicación en el futuro de los que, por

⁶⁸⁶ Institute for Multi-Stakeholder Initiative Integrity, 2013 *MSI Evaluation Report...op.cit.*, p. 10.

⁶⁸⁷ *Idem*.

⁶⁸⁸ *Idem*. Otros estudios también han alzado críticas a la legitimidad de estas iniciativas arguyendo por ejemplo que los supuestamente beneficiarios de las iniciativas multi-stakeholders, así como de la RSE, suelen tener poca o ninguna participación en estas. Utting, Peter, “Business Responsibility for Sustainable Development”, en *Occasional Paper n.º 2*, UNRISD, Ginebra, 2000; Utting, Peter, “Regulating business by multistakeholder initiatives: a preliminary assessment”, en *Voluntary Approaches to Corporate Responsibility*, UNRISD/UN-NGLS, 2002; Bendell, Jem (coord.), *Terms for Endearment: Business, NGOs and Sustainable Development*, Greenleaf Publishing, 2000; Bass, Steven, Xavier Font y L. Danielson, “Standards and certification: a leap forward and a step back for sustainable development”, en Tom Bigg (coord.), *The Future is Now: Equity for a Small Planet*, IIED, pp. 21-31 (Vol. 2), 2001. También han surgido otras críticas como que las prioridades de las ONGs del Norte no coinciden con las del Sur. Cooper, Andrew F., *Big Business, Small Hands: Responsible Approaches to Child Labour*, Save the Children Fund, 2000. En este caso, la campaña desarrollada contra del trabajo infantil en la industria deportiva terminó en el despedido de muchos niños que acabaron trabajando en otras industrias más peligrosas y en condiciones en muchos casos más abusivas. Incluso también se ha criticado que muchas ONGs han llegado a hacer acuerdos con gobiernos y empresas multinacionales sin haber permitido la participación, ni tan solo la consulta a los grupos locales. Choudry, Aziz, *Beware the wolf at the door*, MAC, 2003.

razones prácticas, quedaron fuera, si no se prevén mecanismos de representación de intereses que permitan esa participación en la implementación del EITI en el país. Por ello, conviene analizar en qué medida la estructura institucional u organizativa del EITI permite la incorporación de, por ejemplo, los actores locales potencialmente interesados que no formaron parte de los grupos más globales inicialmente invitados. En ese sentido, como se verá, cobra especial importancia la creación de los grupos multipartícipes nacionales que es donde se sustanciará esa legitimidad local⁶⁸⁹. Allí es donde de manera más concreta, como se verá, se ofrece entrada a esos grupos como vectores de orientación, desarrollo, concreción local y control del estándar global⁶⁹⁰.

Ilustración 1.7 Países productores de petróleo en el mundo



Fuente: Global Firepower⁶⁹¹

Al respecto, en otro apartado se estudia con más detalle la composición de los distintos órganos de funcionamiento del EITI. Aquí nos basta con indicar que el estándar siempre ha mantenido la vocación de pluralidad e inclusividad que albergaba en sus orígenes. En efecto, el art. 6 de los *Artículos de Asociación*⁶⁹² que determina el funcionamiento a futuro de la Conferencia inicial, la después denominada *Conferencia Global*, concreta que el EITI organizará una conferencia general al menos cada tres años con el propósito de facilitar un espacio internacional en el que

⁶⁸⁹ Vide *infra*, 2.3. Los grupos multipartícipes nacionales.

⁶⁹⁰ Vide *infra*, 2. El Derecho de participación de la sociedad civil en los países implementadores del EITI.

⁶⁹¹ Para más información sobre los países productores de petróleo, véase, *Global Firepower*. Disponible en: <https://www.globalfirepower.com/oil-consumption-by-country.asp>. Recuperado en noviembre de 2021.

⁶⁹² EITI, *Estándar EITI 2019*, 2019, p. 55.

todas las partes interesadas del EITI puedan contribuir a los objetivos del EITI.⁶⁹³ Según la disposición, en las Conferencias Globales tienen derecho a participar los Miembros, el Consejo y el Secretariado, y *aquellas partes interesadas que hayan sido invitadas* (art. 6.2).⁶⁹⁴ Es un mecanismo, así, que permite dar entrada cabal incluso a terceros no participantes en el EITI.

Por otro lado, para que una iniciativa pueda considerarse legítima, la entrada, la participación, la salida de las organizaciones y/o entidades reguladas deben estar basadas, como es el caso, en elecciones voluntarias. Aunque, este consentimiento podría hacerse extensivo o incluir tanto a quienes se comprometen como aquellos que se encuentran afectados por las decisiones del “regulador”⁶⁹⁵. Por otro lado, será necesario que se brinde a las partes interesadas herramientas adecuadas para impugnar el marco y el contenido (se entiende así que la voluntariedad no se limita al consentimiento, sino que también debe incluir la disidencia⁶⁹⁶). Expuesto lo anterior, no puede obviarse el Principio Operativo 30 de los Principios Rectores⁶⁹⁷, que determina que las iniciativas “deben garantizar la disponibilidad de mecanismos de reclamación eficaces y que su legitimidad puede verse en entredicho si no se establecen esos mecanismos”. En este caso, el EITI ofrece la posibilidad de que cualquiera pueda presentar una inquietud a través de su página web (sobre cuestiones relativas al Código de Conducta, las decisiones tomadas por un órgano del EITI o sobre la implementación del EITI)⁶⁹⁸, así como también, de manera específica, ofrece la posibilidad de que los grupos de la sociedad civil presenten quejas sobre el proceso que ha seguido su grupo para acordar la representación en la Asociación o el Consejo del EITI (en virtud del Artículo 5(5) de la Asociación)⁶⁹⁹. Además, en relación con la implementación del EITI, el Consejo, a través de su Comité de Respuesta Rápida,

⁶⁹³ En las Conferencias se permite la formulación de posiciones escritas y verbales, y se celebran seminarios, se establecen grupos de trabajo previos a la celebración de las Conferencias Globales que articulan gradualmente los consensos básicos antes de las sesiones plenarias. Para más información véase la documentación relativa a las Conferencias globales celebradas en EITI, Conferencias Globales. Disponible en <https://eiti.org/es/conferencia-global>. Recuperado en noviembre de 2021.

⁶⁹⁴ Véase también artículo 5 de los Artículos de Asociación. Como ya se ha expuesto, los Miembros se organizan en tres grupos (véase supra 1.5 Sistema de gobernanza del EITI) y cada grupo (por ejemplo, sociedad civil, los países de apoyo, etc.) decide las reglas relativas al nombramiento de miembros de la asociación EITI. Este artículo 5 establece la orientación general sobre la aplicación de estas normas.

⁶⁹⁵ Cafaggi Fabrizio, ...op.cit., pp.15-16.

⁶⁹⁶ *Ibidem*, p. 1.

⁶⁹⁷ *Vide supra*, Capítulo 2. Textualmente, el Comentario de este Principio, reza que: “Estas iniciativas de colaboración deben garantizar la disponibilidad de mecanismos eficaces para que las partes afectadas o sus representantes legítimos planteen sus inquietudes cuando consideren que se han incumplido los compromisos en cuestión.

⁶⁹⁸ EITI, *Comunicar una inquietud*. Disponible en <https://eiti.org/es/como-expresar-su-inquietud>. Recuperado en noviembre de 2021.

⁶⁹⁹ EITI, *Directrices preliminares para los grupos: organizaciones de la sociedad civil*, 2018, p. 8.

puede investigar casos sobre posibles incumplimientos, en especial sobre denuncias relativas a restricciones cometidas a los representantes de la sociedad civil, las cuales podrían impactar en el proceso de valoración sobre la correcta implementación del Estándar ⁷⁰⁰ (si bien, sería necesario llevar a cabo un análisis más exhaustivo sobre la efectividad y el impacto real de estos mecanismos con el fin de conocer si ciertamente son suficientes, o por el contrario, si se debieran desarrollar unos procesos más estrictos).

Por último, debido al carácter voluntario de las iniciativas, la legitimidad no depende sólo de cuestiones legales o de procedimiento, sino también estará condicionada por la comunidad y los mercados. En realidad, las instituciones sociales y económicas pueden proveer o privar a un estándar de su legitimidad, así como también pueden influenciar a gobiernos y empresas, en cuanto a sus opciones de entrada, salida y cumplimiento del mismo (a través de motivaciones e incentivos)⁷⁰¹. Así, en el caso del EITI, las organizaciones que dan soporte a la iniciativa devienen un eje importante (ya sean empresas, la sociedad civil o los Estados). En este sentido, se destaca que el EITI, a diferencia de otras iniciativas, ha tenido un significativo respaldo político a nivel internacional (como la Asamblea General de Naciones Unidas⁷⁰², el G8⁷⁰³, el G20⁷⁰⁴, la Comisión Europea⁷⁰⁵, la Unión Africana⁷⁰⁶).

1.1.4 Los Principios EITI

Con el propósito de cumplir la misión que reza en su definición “promover la gestión abierta y responsable de los recursos extractivos”, y tenido en cuenta, su objetivo principal de “fortalecer los sistemas de gobiernos y empresas, así como de aportar información al debate público, y promover el entendimiento”⁷⁰⁷, se

⁷⁰⁰ *Vide infra*, 2.2. La participación nacional de la sociedad civil en el EITI.

⁷⁰¹ Cafaggi Fabrizio, *op.cit.*, pp. 15-16.

⁷⁰² Asamblea General, *Strengthening transparency in industries*, Doc. ONU, A/RES/62/274, de 26 septiembre de 2008.

⁷⁰³ G8 Declaration, *Fighting Corruption and Improving Transparency*, 2003.

⁷⁰⁴ *G20 Leaders' Declaration*, St Petersburg, septiembre 2013.

⁷⁰⁵ Véase, EITI, *Supporters*. Disponible en: <https://eiti.org/supporters/organisations/european-commission>. Recuperado en noviembre de 2021.

⁷⁰⁶ African Union Conference of Ministers Responsible for Mineral Resources Development, *Addis Ababa Declaration on Development And Management of Africa's Mineral Resources*, Addis Ababa, Ethiopia, octubre 2008.

⁷⁰⁷ En concreto el artículo 2.2 Contexto y Objetivo de los Estatutos de la Asociación para la Iniciativa de Transparencia de las Industrias Extractivas determina que: “El objetivo de la Asociación EITI es hacer de los Principios y los Requisitos del EITI del Estándar reconocido internacionalmente para la transparencia en los sectores petrolero, gasífero y minero, reconociendo que un refuerzo de la transparencia de los ingresos obtenidos de los recursos naturales puede reducir la corrupción, y que los ingresos que provienen de las industrias extractivas pueden transformar las economías, reducir la pobreza y mejorar el nivel de vida de poblaciones enteras en los países ricos en recursos”. EITI, *Quienes somos*. Disponible en: <https://eiti.org/es/quienes-somos>. Recuperado en noviembre de 2021.

establecieron 12 Principios que constituyen una suerte de declaración. A través de estos se determinaron los objetivos y compromisos generales de todas las partes interesadas. En otras palabras, se determinaron los fundamentos del desarrollo propio del EITI. Simplificamos la declaración⁷⁰⁸:

- *Principios 1, 2 y 3.* Reconocimiento del valor de los recursos naturales para el desarrollo sostenible y la lucha contra la pobreza si son correctamente explotados. Reafirmación del principio de soberanía de los Estados sobre los recursos naturales y de su deber de aplicarlos en la mejora del bienestar social. Afirmación del principio de sostenibilidad temporal de los recursos.
- *Principio 4, 5, 6 y 7.* Afirmación del valor de la transparencia como mecanismo para fomentar el debate público y la mejora del desarrollo social. Responsabilidad de los Estados y las empresas de facilitar esa transparencia. Límites justificados en las leyes y los contratos a la transparencia.
- *Principio 8, 9 y 10.* Cristalización del principio de rendición de cuentas, transparencia de los gobiernos, y compromiso de llevarlo a la práctica.
- *Principios 11.* Principio de no discriminación en la transparencia informativa de las empresas extractivas.
- *Principio 12.* Aceptación del valor de la participación plural en el cumplimiento de los Principios.

Ha de tenerse en cuenta que el EITI no fue creado para ser concebido como un instrumento de derechos humanos y estándares sociales, sino como un instrumento para fortalecer la gobernabilidad del sector, por ello, el presente estudio entiende que su aplicación podrá tener un impacto social. Así, es menester hacer una simple reflexión de los propios Principios del EITI, los cuales consideran que “el uso prudente de la riqueza de recursos naturales puede ser una fuerza motriz (...) que contribuya al desarrollo sostenible y a la reducción de la pobreza. Sin embargo, si no se administra adecuadamente esta riqueza, puede producir efectos económicos y sociales negativos⁷⁰⁹ ”. En consecuencia, se entiende que la correcta gestión de los recursos naturales podría tener un impacto positivo indirecto, en particular, sobre la

⁷⁰⁸ EITI, *Estándar 2019*, p. 6. Los Requisitos del EITI serán analizados más adelante partiendo de la transparencia como elemento central. Así, un Estado que haya decidido participar en el EITI, puede en cualquier momento, solicitar su “conversión” en un país ‘implementador’, esto es, que acepta informar sistemáticamente sobre los aspectos relativos a la exploración y explotación del Gas y Petróleo bajo su jurisdicción.

⁷⁰⁹ Principio 1, *Ibidem*, p. 6.

realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, como se verá, la visión de este trabajo es que la implementación del EITI también podrá tener un impacto positivo en derechos como el derecho de acceso a la información o el derecho de participación⁷¹⁰.

1.2 Naturaleza del EITI

Desde su creación en el año 2003, el EITI ha evolucionado de un conjunto flexible de requisitos para presentar informes a un estándar de divulgación global apoyado a nivel internacional, que podría plantearse como un modelo para la adopción de leyes de transparencia en este u otros sectores. Así, tres características dibujan lo esencial de su naturaleza deóntica: a) su *carácter híbrido*; b) su *adaptabilidad*; y c) y su *inclusividad*.

El tema de la inclusividad ya ha sido parcialmente explicado anteriormente, al referirnos a los orígenes políticos de la iniciativa, y aún se explicarán otras manifestaciones en apartados posteriores relativos a la estructura orgánica y el ejercicio de sus funciones esenciales.

1.2.1 Carácter híbrido

Ya se ha visto, en otro lugar, el debate general sobre la naturaleza “voluntaria” de la RSE como uno de sus elementos más destacables⁷¹¹. También ciertos modos de evolución hacia su legalización y jurisdiccionalidad limitadas, diferentes para cada mecanismo o espacio normativo. De este modo, el EITI presenta aspectos de voluntariedad junto con otros de obligatoriedad jurídica que son muy singulares, y que nos permite afirmar su naturaleza como *rara avis* dentro de la especie general de la RSE. Así, su naturaleza híbrida muestra elementos de *soft law* o “*gentleman’s agreement*” (“pactos de caballeros”) del Derecho transnacional, así como de los propios de los mecanismos empresariales de la RSE.

⁷¹⁰ Esta idea se presenta en tanto el proceso de adhesión al EITI, a través del Requisito 1, establece la “obligación” de que los países deben asegurar la participación significativa, libre y sin obstáculos de las empresas que operan en su territorio (Requisito 1.2) así como de la sociedad civil (Requisito 1.3).

⁷¹¹ *Vide supra*, Capítulo 2.

1.2.1.1 Soft Law

El EITI es analíticamente una forma de regulación transnacional no jurídica. Resulta claro que nos movemos en la especie del *soft law*⁷¹², en el que los Estados aceptan pautas de comportamiento futuro que, sin embargo, son intencionalmente colocados al margen del derecho internacional público. Es decir, no emergen a través de los procedimientos tradicionales y/o se cristalizan a través de formas nomogenéticas que, de conformidad con el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, permiten identificar esta tipología normativa para luego derivar de esa naturaleza específica sus efectos jurídicos concretos: exigibilidad propiamente jurídica a través de los mecanismos internacionales de aplicación, sanción y solución de diferencias.

En este aspecto, esto es, en la existencia de ese “consentimiento” de los gobiernos en su aplicación (en su participación inicial o posterior), y en su elaboración, es dónde se refleja la naturaleza de *soft law* en materia de transparencia del EITI, con criterios de adhesión, procesos de cumplimiento, y una estructura de gobierno⁷¹³. Así, este esquema no entronca su exigibilidad en Derecho en sentido propio. Es decir, no permite en sí mismo acudir a ningún mecanismo jurídico internacional de solución de diferencias en caso de que se produzca una alegación de violación de su contenido. Es el propio sistema EITI el que determina las consecuencias para sus Participantes en caso de incumplimiento (*vide infra*) sin que se pueda acceder, así, a otras formas de exigibilidad propias del Derecho Internacional. Otra cuestión será que en el derecho nacional de un gobierno participante, en la medida en que ha “legislado” para la aplicación interna del EITI, se pueda abrir, con el alcance determinado por cada

⁷¹² Para mayor información sobre el *soft law* puede consultarse entre otros los siguientes artículos; Choudhury, Barnaly, “Balancing soft and hard law for business and human rights” en *International & Comparative Law Quarterly*, Volume 67, Issue 4, Cambridge University Press, 2018, pp. 961-986; Pariotti, Elena, “International Soft Law, Human Rights and Non-state Actors: Towards the Accountability of Transnational Corporations?” en *Human Rights Review*, vol. 10, 2009, pp. 139-155; Hillgenberg, Hartmut, “A fresh look at soft law” en *European Journal of International Law*, vol. 10, issue 3, 1999, pp. 499-515; Collins, Richard y Albornoz, María Mercedes, “On the Dwindling Divide between the Public and Private: The Role of Soft Law Instruments in Global Governance” en Ruiz Abou-Nigm, Verónica, McCall-Smith, Kasey y French, Duncan (eds), *Linkages and Boundaries in Private and Public International Law*, Hart Publishing 2018, pp. 105-120; Di Robilant, Anna, “Genealogies of Soft Law” en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54, No. 3, 2006, pp. 499-554; Engle Merry, Sally, “Global legal pluralism and the temporality of soft law” en *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 46, No. 1, 2014, pp. 108-122; Abbott, Kenneth W. y Snidal, Duncan, “Hard and Soft Law in International Governance” en *International Organization*, vol. 54, No. 3, *Legalization and World Politics*, 2000, pp. 421-456; Chinkin, Christine, “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law” en *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, No. 4, 1989, pp. 850- 866.

⁷¹³ Simons Penelope, “The governance gap: multistakeholder and intergovernmental initiatives” en Penelope Simons y Audrey Macklin, *The Governance Gap: Extractive Industries, Human Rights, and the Home State Advantage*, Routledge, 2014 p. 151.

jurisdicción, algún mecanismo propio de vigilancia y castigo de los incumplimientos verificables.

Como se verá con más detalle⁷¹⁴, el EITI fija indicaciones dirigidas a los gobiernos de países ricos en recursos naturales para que estos, de forma voluntaria, publiquen información acerca de los pagos e ingresos obtenidos de la explotación de los recursos naturales. Esto hace que una vez el gobierno de un Estado ha decidido aceptar los compromisos que emanan del EITI, las empresas del sector que operan bajo su jurisdicción nacional no puedan decidir si presentan o no una determinada información exigida por el Estándar, con independencia de que la empresa como tal haya participado o participe de alguna manera en el EITI, esto es, de que esté representada en sus órganos de funcionamiento, o si como empresa se ha comprometido a apoyar voluntariamente al EITI, puesto que se lo exigirá directamente el gobierno del Estado partícipe⁷¹⁵.

En cualquier caso, la naturaleza de esa obligación interna variará en función de los mecanismos de aplicación nacional por los que haya optado cada gobierno. Así, estos instrumentos podrán ser incorporados en el ordenamiento jurídico a través de su integración en el propio *hard law*, por referencia expresa al mismo desde un instrumento de derecho positivo o por delegación a favor de otro sujeto (un tercer organismo como podría ser la Asociación Española de Normalización y Certificación-AENOR), así como también mediante resoluciones no legislativas (las Cámaras confieren a un instrumento de *soft law* unas consecuencias equivalentes al *hard law*) o a través de cobertura contractual (por ejemplo el poder público, asume el compromiso de dar efectos a un acuerdo con otra administración o con un particular)⁷¹⁶.

Por lo tanto, como se verá, una vez adherido el Estado al EITI, la presentación de esa información por las empresas puede llegar a ser obligatoria jurídicamente desde el plano interno, algo que no es infrecuente. De este modo, una misma empresa puede estar ligada al EITI de dos modos, simultánea o alternativamente; porque voluntaria

⁷¹⁴ *Vide infra*, 3. La transparencia en el EITI.

⁷¹⁵ Es por este motivo que esta iniciativa presenta cierta confusión sobre si realmente puede ser conceptualizada como una norma de RSE, habida cuenta de que son los gobiernos y no las empresas quienes finalmente deciden si dentro de su territorio se aplica el EITI. *Vide infra*, b) Código de RSE.

⁷¹⁶ Sarmiento, Daniel, "La autoridad del Derecho y la naturaleza del *soft law*" en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, 2006, pp. 245-250.

y genéricamente aceptó sus principios⁷¹⁷, y/o porque el Estado en el que opera explotando los recursos del gas y del petróleo ha suscrito el EITI, con uno u otro alcance; legal, el país ha promulgado legislación independiente para asegurar el cumplimiento del EITI, como en el caso de Nigeria o Ucrania⁷¹⁸, o no jurídico, como entre otros, Colombia que no dispone de esta normativa.

Por supuesto, la no obligatoriedad jurídica (interna o internacional) *per se*, es uno de los focos de mayor crítica a su existencia.⁷¹⁹ Pero como en otras ocasiones, esta crítica, sobre todo cuando se apela a la ausencia de juridicidad internacional del Estándar, podría adolecer de una buena dosis de inconsciencia, si se tiene en cuenta la propia debilidad intrínseca del Derecho Internacional, en general en aquellos aspectos que los críticos querrían alcanzar mediante esa hipotética mutación normativa del esquema de EITI. ¿En qué medida esa metamorfosis volvería realmente más efectivo el esquema siendo este mismo el talón de Aquiles de, por ejemplo, el conjunto de los tratados existentes en materia de derechos humanos a nivel universal? El Derecho internacional es en sí, por lo general, un derecho carente de colmillos, que busca su eficacia a través del cumplimiento espontáneo o voluntario de los destinatarios. ¿No resultaría más constructivo y realista hacer hincapié en los avances obligacionales que parecen desprenderse de la naturaleza híbrida del EITI, que en la ausencia de mecanismos internacionales de jurisdicciónabilidad del mismo?

Por todo ello, el EITI parece estaría contribuyendo a gestar una forma de *subjetividad transnacional* de las EMN⁷²⁰ como mecanismo que permite la vigilancia exterior de sus conductas a través de mecanismos *ad hoc* similares a los más comunes en el plano internacional para vigilar el cumplimiento de los Estados del Derecho Internacional; e incluso estaría facilitando la jurisdicciónabilidad de las acciones contrarias al EITI *en las jurisdicciones nacionales*. Que, en todo caso, podría ser lo propio si se quiere buscar una mayor eficiencia de estos mecanismos.

El EITI, como se verá, *obliga* a los Estados a publicar los ingresos recibidos por las empresas con motivo de sus concesiones de exploración o explotación; pero

⁷¹⁷ *Vide infra*, 1.4. Formas de participación.

⁷¹⁸ En la mayoría de los países, no es necesaria una ley que exija la divulgación de los pagos del EITI, aunque un número cada vez mayor de países han introducido legislación independiente.

⁷¹⁹ Por ejemplo, Publish What You Pay recomienda ese enfoque obligatorio del EITI. Véase: Publish What You Pay, *The EITI*. Disponible en: <https://www.pwyp.org/areas-of-work/eiti/>. Recuperado en noviembre de 2021.

⁷²⁰ *Vide supra*, Capítulo 1 así como *vide infra*, 4.1 Reformas legales e institucionalización del EITI en los países implementadores.

también requiere a las empresas, como participantes generales del mecanismo, o como empresas que operan dentro de los Estados participantes, a divulgar esos mismos datos relativos a los pagos realizados, lo que abre puertas a un doble control externo; el del EITI de la veracidad de los datos, y, por qué no, uno propiamente jurisdiccional de posibles vulneraciones del derecho a la información de consumidores, o de competidores, o de obligaciones jurídicas frente al Estado, cuando la información suministrada es errónea, falsa o incompleta, y forma parte necesariamente de su tráfico mercantil publicitario en el espacio nacional en donde operan comercialmente o cotizan⁷²¹. Precisamente, los informes EITI son útiles para cotejar posibles diferencias entre ingresos y pagos declarados por los gobiernos y las empresas operantes. De este modo, cada cual deberá responder según su propia naturaleza por los datos consignados. En realidad, actualmente este tipo de interacciones obligacionales entre el *soft-law* y el *hard-law* se puede percibir en formas de regulación transnacional híbrida existentes, como es el caso de la Corporación para la Asignación de Nombres y Números en Internet (ICANN)⁷²² o el Fondo Mundial de lucha contra el VIH/sida, la tuberculosis y la malaria⁷²³.

Por ello, como instrumento de *soft law*, el EITI podría hacer más efectivo el derecho positivo para que este puede gozar de mayor eficacia, ya sea completando su regulación, rellenando las posibles lagunas, interpretándolo o sirviéndole de base para una formulación imperativa ulterior⁷²⁴. En cualquier caso, su adopción por parte del poder público podría generar una expectativa de cumplimiento llamada a surtir efectos de acuerdo con el principio de confianza legítima y la generación de responsabilidad⁷²⁵. En otras palabras, ¿se estaría garantizando el principio de seguridad jurídica? Es decir, la certeza o la previsibilidad del surgimiento de consecuencias jurídicas, así como la creación de un contexto en el que cualquier persona tenga la convicción y la confianza de no estar sometida a riesgos o daños previsibles⁷²⁶.

⁷²¹ *Vida supra*, Capítulo 2.

⁷²² Véase, ICANN. Disponible en: <https://www.icann.org/es>. Recuperado en noviembre de 2021.

⁷²³ Véase, Fondo Mundial de lucha contra el VIH/sida, la tuberculosis y la malaria. Disponible en: <https://www.theglobalfund.org/en>. Recuperado en noviembre de 2021.

⁷²⁴ Feler, Alan Matías, “Soft law como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas” en *Lecciones y Ensayos*, No. 95, 2015, p. 288-289.

⁷²⁵ Sarmiento, Daniel, ...*op.cit.*, p. 261.

⁷²⁶ *Vide infra*, 4. El principio de seguridad jurídica ante el EITI.

1.2.1.2 Código de RSE

En estas, ¿dónde queda realmente la voluntariedad de la participación de las empresas como uno de los elementos que nos permite todavía asociar el EITI a la RSE en sentido propio? ¿Cómo se compagina con el hecho de que en realidad sean los Estados los que se “adhieran” voluntariamente al esquema, y esto arrastre la “obligatoriedad” de la participación de las empresas del sector que operan en su territorio? Hay varios factores que aún permiten incluir el EITI dentro de la categoría general de la RSE.

De un lado, fueron las propias empresas y asociaciones del sector las que intencionadamente, de manera conjunta con el Gobierno inglés,⁷²⁷ tuvieron un papel determinante en la formulación de la iniciativa voluntaria, empujando a los Estados huéspedes a tomar en consideración la adopción del mecanismo de transparencia. En este sentido, esta copaternidad de la iniciativa podría ser categorizada como parte de su RSE. Y así lo consideran las propias empresas si se atiende a sus afirmaciones en diferentes informes EITI o en los informes de las Validaciones⁷²⁸.

Además, como se ha visto, las empresas como tal, y sus asociaciones patronales, fueron, y son participantes directos voluntarios, con distintos grados de implicación, en los procesos y órganos de creación, aplicación, seguimiento y vigilancia del Estándar. Incluso, existen empresas, como la mexicana PEMEX, que han figurado entre las empresas “*supporter*”, sin que el propio gobierno del Estado del que es nacional constara, en ese momento, entre los participantes del mecanismo en ninguna de sus categorías posibles. Por lo tanto, nada impide, desde las reglas del EITI, que cualquier empresa pueda, sea cual sea la posición del Estado que le concede su nacionalidad, ser una empresa que voluntariamente apoya el EITI⁷²⁹.

Por ello, es interesante como el propio EITI, través de la “Guía empresarial: Cómo las empresas pueden apoyar la implementación del EITI” (2013)⁷³⁰, ofrece a las compañías indicaciones sobre cómo pueden respaldar el EITI si operan en un Estado

⁷²⁷ *Vida supra*, 1.1. Orígenes.

⁷²⁸ EITI, Secretariado Internacional del EITI, *Validación de Colombia Informe sobre recopilación inicial de datos y consulta a partes interesadas*, 2018, p. 21.

⁷²⁹ En este sentido, véase la primera evaluación del Secretariado Internacional del EITI sobre la adhesión a las expectativas de las empresas que apoyan el EITI. EITI, *Evaluación sobre la adhesión a las expectativas de las empresas que apoyan el EITI*. Disponible en: <https://eiti.org/es/documento/evaluacion-sobre-adhesion-las-expectativas-las-empresas-que-apoyan-el-eiti>. Recuperado en noviembre de 2021.

⁷³⁰ EITI, *Guía Empresarial. Cómo las compañías pueden apoyar la implementación del EITI*, 2013, p. 27 y siguientes.

no implementador. En este sentido, se ha de tener en cuenta que este respaldo podrá ser otro modo de expandir los efectos del mecanismo, al margen de la posición de los gobiernos en cuyo territorio operan, contribuyendo así a un mejor cumplimiento de los Requisitos EITI. Un claro ejemplo, es a través de la incorporación en su sistema de RSE, y por su cuenta y riesgo⁷³¹, de las recomendaciones sobre transparencia informativa. En particular, el Estándar EITI 2019, en el Capítulo I apartado 7, recoge las expectativas que se espera de las empresas que voluntariamente “apoyan” el EITI⁷³².

Por consiguiente, teniendo en cuenta, todo lo analizado hasta ahora, ¿no deberían entenderse todas estas acciones bajo el paraguas de la RSE⁷³³? Desde el enfoque de esta investigación, todo ello no hace más que reafirmar la visión del EITI como un mecanismo híbrido de RSE.

1.2.2 Adaptabilidad y gradualidad

Los dieciocho años de vida del esquema reflejan un proceso de mejora continua a través de la remodelación de las pautas deónticas impulsadas, que se basan en el consenso de los participantes para lograr mejorar la gestión de los recursos naturales manteniendo siempre una visión dinámica de su funcionamiento, adaptable a través de procesos de ensayo y error, y de ponderación continua de las sensibilidades que convergen en su formación.

Aunque los *Principios EITI* originales se conservan prácticamente intactos, muestra clara de su racionalidad intelectual y práctica, los criterios de ejecución, supervisión, etc., se han modificado al alimón de la experiencia acumulada para garantizar la mejora continua de la eficacia del sistema. Los cambios vienen siempre precedidos de la elaboración de informes, y de la participación significativa de todos los actores en los órganos correspondientes. Basta para confirmar este carácter gradualista de la iniciativa el análisis de los avances y cambios experimentados tras cada conferencia posterior a la inaugural. Así, a partir del citado primer encuentro en el Reino Unido (Lancaster 2003) en el que se aprobaron los *Principios*, el EITI ha celebrado ocho Conferencias Globales que han servido para configurar el Estándar

⁷³¹ *Vide supra*, 1.1.1 Estudios, denuncias, y el caso BP.

⁷³² *Vide infra*, 1.4.3 Grupo de empresas afiliadas.

⁷³³ *Vide supra*, Capítulo 2.

EITI actual a través de procesos de deliberación plurales y constructivos, ofreciendo en este foro un espacio de debate y de toma de decisiones para el cambio y adaptación paulatina del EITI, siendo estas sus principales actualizaciones y discusiones⁷³⁴:

- *Segunda Conferencia global del EITI (Londres, 2005)*; desarrollo de los “Requisitos del EITI”, es decir, el marco concreto de obligaciones de información que asumen los Estados implementadores de la iniciativa.
- *Tercera Conferencia global del EITI (Oslo, 2006)*; inicio del debate “cómo hacer de la transparencia una norma global”, si bien en este encuentro, no se adoptaron otros documentos de relieve.
- *Cuarta Conferencia global del EITI (Doha, 2009)*; alumbramiento de la “Asociación para la iniciativa de Transparencia de las Industrias Extractivas” que se constituyó bajo el derecho noruego como una asociación sin ánimo de lucro, absorbiendo toda la estructura orgánica originaria del EITI (hasta entonces sujeta orgánica y financieramente al Departamento para el Desarrollo Internacional del gobierno británico).
- *Quinta Conferencia global del EITI (París, 2011)*; inicio, bajo el título de “La transparencia cuenta”, de una discusión más exhaustiva sobre los modos de mejorar el impacto del EITI. Si bien, en esta ocasión, tampoco se adoptaron cambios relevantes para el Estándar, esta sirvió para compartir las lecciones aprendidas por los países en el proceso de implementación y como base para abordar los desafíos futuros del EITI.
- *Sexta Conferencia global del EITI (Sydney 2013)*; aprobación del *Estándar EITI*. Asimismo, la conferencia se focalizó en analizar cómo la transparencia y el EITI estaban llevando el cambio a los países implementadores.
- *Séptima Conferencia global del EITI (Lima, 2016)*; estudio de los resultados de la implementación del *Estándar EITI* en los países implementadores.
- *Octava Conferencia global del EITI (Paris, 2019)*; inicio del diálogo, bajo el título “Open Data, Build Trust”, sobre cómo aprovechar la gobernanza del

⁷³⁴ Véase toda la información sobre las Conferencias Globales celebradas hasta el momento de escribir esta investigación. EITI, *Conferencia Global*. Disponible en: <https://eiti.org/es/conferencia-global>. Recuperado en noviembre de 2021. El EITI celebrará su novena Conferencia Global en 2022.

sector para fomentar un desarrollo más inclusivo, centrándose en el desarrollo de ideas relativas a los datos abiertos.

1.3 La Asociación para la iniciativa de Transparencia de las Industrias Extractivas

Como se acaba de exponer, una de las características de esta iniciativa es la adaptabilidad y gradualidad. De este modo, el EITI se ha ido configurando a través de las Conferencias Globales, es decir, se observa una evolución de un espacio informal de debate entre diferentes grupos de interés hasta su institucionalización como una organización legalmente constituida⁷³⁵. Ya, en la segunda Conferencia celebrada en Londres en 2005, entre otros aspectos, se determinó establecer un Grupo Asesor Internacional, bajo la presidencia de Peter Eigen, con el fin de orientar más el trabajo sobre la estructura y el funcionamiento del EITI. En otras palabras, debía realizar recomendaciones sobre el futuro del EITI en su tercera Conferencia, que se celebraría en 2006 en la ciudad de Oslo. Así, en un primer informe, emitido en junio de ese mismo año, este Grupo Asesor recomendó el establecimiento de un Secretariado independiente que debía sustituir al Secretariado en funciones de aquel momento, el cual hasta esa fecha había recaído en el Departamento para el Desarrollo Internacional del gobierno británico. Posteriormente, en 2009, en la cuarta Conferencia celebrada en Doha (Catar), se acordó constituir la *Asociación para la Iniciativa de Transparencia de la Industria Extractiva* como entidad sin ánimo de lucro bajo la legislación noruega, incorporando toda la estructura global del EITI, incluidos el Consejo y la Secretaría Internacional⁷³⁶.

Desde ese primer encuentro en 2002, el EITI se ha provisto poco a poco de múltiples textos que dan forma y contenido a la iniciativa, y que en la actualidad se encuentran compilados en el denominado *Estándar EITI 2019*. Posiblemente esta forma de evolución sea el motivo de que en la actualidad todavía se observa, como se mostrará a continuación, un cierto grado de sistematización confusa, posiblemente debido a que este se va adecuando y mejorando según los desafíos que se van planteando en el período que sucede entre las Conferencias. No obstante, la habilidad

⁷³⁵ *Vide supra*, 1.2.2. Adaptabilidad y gradualidad y *vide infra*, 1.5. Estructura orgánica.

⁷³⁶ No obstante, cabe indicar que los documentos de aprobación de decisiones no se encuentran accesibles en la web del EITI. Véase también, EITI, *History of the EITI*. Disponible en: <https://eiti.org/history>. Recuperado en noviembre de 2021.

para conciliar las prioridades de todas las partes a lo largo de los años podría decirse que es uno de sus mayores logros⁷³⁷. La creación de confianza entre los actores en el proceso e incluso la sociedad, cuyos intereses no están alineados, está permitiendo al EITI seguir abriendo nuevos caminos y establecer el ritmo de la agenda de transparencia en las industrias extractivas. Como tal, el EITI se estaría convertido en un influyente "soft power" del sector⁷³⁸.

Así, se observa que el Estándar EITI 2019, se divide internamente en dos Capítulos, el Capítulo I titulado "Implementación del estándar EITI"; y el Capítulo II denominado "Gobernanza y Gestión".

El Capítulo I se conforma por una miscelánea de textos que pretenden guiar su funcionamiento y, a su vez, recoge también las reglas sustantivas que deben suscribir y cumplir los Estados implementadores del EITI:

- *Los Principios EITI*. Estas directrices son parte del Estándar EITI y son las convicciones y objetivos respaldados por todas las partes interesadas del EITI.
- *¿Cómo convertirse en un país implementador del EITI?* Este apartado define las medidas y compromisos que los gobiernos deben adoptar antes de presentar su candidatura.
- *Los Requisitos para países implementadores del EITI*. Esta sección es el eje central del Estándar EITI, ya que determina todos los requisitos mínimos de divulgación que los países deben cumplir para implementar el EITI.
- *Supervisión de la implementación del EITI por el Consejo*. Este apartado detalla los procedimientos y criterios utilizados por el Consejo del EITI para supervisar y validar la implementación del EITI, incluyendo los plazos establecidos para la publicación de los datos EITI y la supervisión del proceso de Validación.
- *Resumen de la Validación*. En esta sección, se explica el mecanismo que asegura al EITI evaluar la capacidad de los países implementadores de cumplir con las disposiciones del Estándar.

⁷³⁷ Vide infra, 3. La transparencia en el marco del EITI.

⁷³⁸ Klein, Asmara, "Pioneering extractive sector transparency. A PWYP perspective on 15 Years of EITI", en *The Extractive Industries and Society*, 4, 2017, p. 771.

- *Protocolo: participación de la sociedad civil.* Este Protocolo determina una serie de indicaciones que permitirán examinar si los países cumplen con sus obligaciones respecto a este grupo.
- *Expectativas respecto de las empresas que apoyan el EITI.* En este punto, el EITI estipula los compromisos que espera que las empresas adopten para apoyar la implementación del EITI.
- *Política de datos abiertos.* Esta política define un compendio de directrices, normas, orientaciones y buenas prácticas para ayudar a los países a establecer el desarrollo de estrategias de apertura y reuso de datos que aseguren la generación de transparencia, control social, y valor público.

Por su lado, el Capítulo II sobre la “Gobernanza y Gestión”, recoge los siguientes textos de tipo organizativo:

- *Artículos de la Asociación.* Estos, por su contenido, se categorizarían como los Estatutos que rigen el funcionamiento de la entidad.
- *Política de Apertura.* A través de este compromiso, el Estándar determina que los documentos del EITI son públicos a excepción de un número limitado de casos; a) los que por razones de competencia deban mantenerse secretos; b) los documentos que revelen información recibida por un tercero y que su divulgación repercuta en sus intereses legítimos; c) los documentos de trabajo internos del EITI; d) y la información relativa al personal del EITI.
- *Directrices de los grupos constituyentes del EITI.* Este apartado contiene las normas para dirigir los procesos de nominación de los grupos⁷³⁹.
- *Código de Conducta* de la Asociación del EITI adoptado en marzo de 2014. Este determina los valores y estándares éticos por los que se guía la organización. Se aplica a todos los miembros del Consejo del EITI, sus suplentes, los miembros de la Asociación EITI, el personal de los secretariados (nacional e internacional), y los miembros de los grupos de multipartícipes. Desde su creación, estas directrices internas han venido siendo modificadas con el propósito de que los intereses de todas las partes interesadas del EITI se vean reflejados en la estructura y organización de la Asociación (por

⁷³⁹ Las Directrices de los grupos constituyentes se encuentran disponibles en el siguiente enlace: EITI, *Gobernanza del EITI*. Disponible en: <https://eiti.org/es/gobernanza-del-eiti>. Recuperado en noviembre de 2021.

ejemplo, en 2017 se llevó a cabo una consulta sobre la gobernanza del EITI a los grupos constituyentes del EITI)⁷⁴⁰.

Todo lo anterior mostraría que en general, el *Estándar EITI 2019* no es más que un modo tosco de condensar en un sólo documento mal sistematizado todos los textos normativos o de “policy” que se han ido adoptando a lo largo de los años en diferentes negociaciones para constituir y ordenar el funcionamiento del EITI, y que en la actualidad, a pesar de las diferentes reformas, todavía puede generar, a cualquier parte interesada, confusión sobre el funcionamiento y la gestión de la iniciativa. Del mero tenor de los títulos se puede ver que la separación realizada en los capítulos es muy artificial, por ejemplo; el Apartado 2 del Capítulo I “supervisión de la implementación del EITI por el Consejo”, es evidente que contiene elementos que serían propios del Capítulo II “Gobernanza y gestión”; y lo mismo sucedería, ilustrativamente con el apartado 2 del Capítulo II, titulado “Política de Apertura EITI”, que bien podría ubicarse parcialmente en el Capítulo I. Por ello, sería recomendable un cambio sistematizador que elimine la mera acumulación de textos aprobados en distintas conferencias y transforme en una suerte de “Estatuto” del EITI el conjunto, con las remisiones oportunas a Anexos o protocolos con aspectos de detalle.

1.4 Formas de participación

Los *Artículos*, que se pueden categorizar como los Estatutos de la asociación por su contenido, determinan las diferentes formas de participación dentro de la Asociación. Se observan así cuatro tipos distintos de “miembros” que, a su vez, pertenecen a “grupos” de interés.

1.4.1 Miembros del EITI

La composición general de la organización en estos términos es definida en el art. 2.1 de los Artículos:

“La Asociación EITI es una iniciativa multipartícipe internacional en la que participan representantes de los gobiernos y sus organismos; empresas petroleras, gasíferas y mineras; empresas de gestión de activos e instituciones financieras involucradas en el sector energético y extractivo, junto con grupos

⁷⁴⁰ EITI, *Consulta sobre la gobernanza del EITI*, 2017. Disponible en: <https://eiti.org/es/documento/consulta-sobre-gobernanza-del-eiti>. Recuperado en noviembre de 2021.

locales de la sociedad civil y organizaciones no gubernamentales internacionales, coaliciones y redes de acción global”.

Esta idea ‘multipartícipe’, análoga al carácter tripartito de la OIT, inspira la definición de la tipología de miembros o afiliados de la Asociación descrita en el art. 5.1 bajo el rótulo de “Afiliación y grupos”. Un miembro o *afiliado* del EITI debe ser “un representante personal de un país (en el sentido de un Estado), empresas, organización o entidad jurídica” (art. 5.1). Esos miembros son “nombrados”, en el sentido de aceptados, por los “grupos” de interés en los que se articula cada tipología de afiliados, lo que explicita ese tripartidismo de base:

- El *grupo de países* incluye dos subtipos: a) los países “implementadores”; y b) y los países que respaldan la iniciativa (art. 5.1.i).
- El *grupo de empresas*, que voluntariamente se ha comprometido a apoyar el objetivo de la Asociación del EITI, incluye a: a) las empresas del sector extractivo; b) los inversionistas institucionales y c) los comerciantes de materias primas (art. 5.2.ii).
- El *grupo de las organizaciones de la sociedad civil* incluye a las organizaciones no gubernamentales, redes de estos entes o coaliciones de acción mundial (5.2.iii)⁷⁴¹.

Cada grupo de interés “decide sus propias reglas de nombramiento para los miembros de la Asociación” dentro de los límites fijados por los *Artículos*. Además, en 2018, el Consejo EITI desarrolló unas recomendaciones para que los grupos del EITI puedan desarrollar sus directrices⁷⁴². El actual número de Miembros de la Asociación puede consultarse a través de la propia web del EITI a través del Registro de Miembros EITI⁷⁴³.

1.4.2 Grupo de Estados afiliados

En los *Artículos* todo resulta poco preciso a la hora de explicar la distinción entre lo que debe entenderse como “país implementador” y “país que respalda el EITI”⁷⁴⁴.

⁷⁴¹ Artículo 5 Afiliación y Grupos, de los Artículos de Asociación: 1) Un miembro de la Asociación EITI es un representante personal de un país (en el sentido de Estado), empresa, organización o entidad jurídica que es nombrado por un grupo, como se establece en los artículos 5(2) y (3). 2).

⁷⁴² Véase, EITI, *EITI constituency consultation recommendations. Decision reference: 2018-17/BM-39/BP-39-6*, 2018.

⁷⁴³ En el momento de redactar esta tesis el registro comprende los miembros del EITI entre 2019 y 2022. EITI, *Registro de Miembros EITI 2019-2022*, 2016.

⁷⁴⁴ Véase, EITI, *Supporters*. Disponible en: <https://eiti.org/supporters>. Recuperado en noviembre de 2021.

Por ello, parece prudente, como se observará, salir del marco de los *Artículos* para descubrir los criterios o razones que determinan recalcar en una u otra categoría de país.

De los “países que respaldan la iniciativa” se indica que son Estados o “uniones de Estados” que apoyan el objetivo de la Asociación EITI, pero esto, obviamente, también es una característica que está implícita en la categorización de un país implementador, puesto que el objetivo general de la Asociación, y por consiguiente de todos sus miembros, estatales o no, no es otro que hacer de la iniciativa un “estándar reconocido internacionalmente” (art. 2.1). Por otro lado, los *Artículos* únicamente expresan que “estos Estados son aquellos “definidos por el Consejo EITI”. Pero lo cierto es, que el Estándar EITI de 2019 tampoco arroja prácticamente ninguna información o detalle al respecto. Para ello, cualquier interesado debe remitirse a la web del EITI, que únicamente determina que los países de apoyo son aquellos que “están comprometidos a contribuir mediante apoyo financiero, técnico y político”. Esta contribución económica tiene carácter anual y está dirigida a proyectos o compromisos plurianuales que aseguren la financiación a largo plazo de la gestión del Secretariado Internacional del EITI⁷⁴⁵. Si bien, también se alienta a estos países a brindar apoyo financiero, técnico y político directo para las actividades en los países que implementan el Estándar EITI⁷⁴⁶.

Se añade además, que estos países de apoyo están representados en la Junta y los Comités de la Junta del EITI. Teniendo en cuenta lo anterior, se entiende que los miembros de la Junta son representantes de alto nivel de sus gobiernos, que de manera demostrable están brindando apoyo financiero, político o técnico a la implementación de la EITI y que cumplen con las Directrices para la circunscripción de los países de apoyo⁷⁴⁷. En la actualidad, el EITI confirma en su web que se encuentra respaldado por 15 estados o comunidades políticas (Países Bajos, Francia, Noruega, Dinamarca, Australia, Japón, la Unión Europea, Canadá, Suiza, Bélgica, Finlandia, Estados

⁷⁴⁵ Véase, EITI, *Funding*. Disponible en: <https://eiti.org/funding#funding-of-the-international-management-of-the-eiti>. Recuperado en noviembre de 2021. También en esta página se encuentra la información relativa a las empresas que respaldan el EITI.

⁷⁴⁶ EITI, *Supporting countries*. Disponible en: <https://eiti.org/es/taxonomy/term/716>. Recuperado en noviembre de 2021.

⁷⁴⁷ Véase, EITI, *Supporting Countries Sub-Constituency Guidelines, 2015*. Disponible en: https://eiti.org/files/documents/supporting_country_constituency_guidelines_final.pdf. Recuperado en noviembre de 2021. En este documento se determina el compromiso de apoyo financiero, técnico y político así como la relación con el Consejo EITI.

Unidos, Reino Unido, Suecia, Alemania)⁷⁴⁸. Número que no ha aumentado significativamente tras dieciocho años de vida de la iniciativa, lo que indicaría un estancamiento en su extensión geopolítica al mundo esencialmente Occidental.

Por otro lado, tampoco se explica de manera exhaustiva la razón de ser de los afiliados. Así, en cuanto a los “países implementadores” el art. 5.2.i). a) de los *Artículos* detalla que son “países implementadores” los que “han sido clasificados como tales por el Consejo del EITI”. Es decir, esta disposición únicamente explica la categoría de “país implementador”, haciendo referencia en realidad al proceso de adhesión. De este modo, para encontrar mayor información debemos remitirnos al apartado 2 del Capítulo I titulado “Cómo convertirse en un país implementador del EITI”. Si bien tampoco es una definición estricta, este detalla el proceso para llegar a ser un país implementador. De este modo, se observa que cualquier país puede ser miembro del EITI, pero para ello antes de presentar su solicitud, el país deberá tomar una serie de medidas. Estas se establecen en el siguiente apartado del mismo Capítulo bajo el título “Requisitos para países implementadores del EITI”.

Así, este primer Requisito del Estándar solicita las siguientes medidas:

- *Adoptar un compromiso por parte del gobierno (1.1).* Esto supone que:
 - el Jefe de Estado o de Gobierno (o un representante) debe realizar una declaración pública de su intención de dar aplicación a los Principios EITI.
 - el gobierno debe nombrar a un dirigente para liderar la aplicación del EITI con autoridad suficiente para coordinar todas las medidas necesarias.
- *Asegurar la participación significativa, libre y sin obstáculos de las empresas que operan en su territorio (1.2).* El gobierno debe asegurar la participación efectiva de las empresas más significativas del sector en la aplicación de la iniciativa. Esto supone su participación en la elaboración de leyes internas y normas administrativas. Para que su participación sea libre el Estado debe garantizar el respeto de los “derechos fundamentales de los representantes de las empresas” que participan en el EITI.

⁷⁴⁸ Véase, EITI, *Supporting countries*. Disponible en: <https://eiti.org/supporters/countries>. Recuperado en noviembre de 2021.

- *Asegurar la participación significativa, libre y sin obstáculos de la Sociedad civil (1.3)*⁷⁴⁹. La disposición es idéntica a la anterior, pero aumenta las obligaciones del Estado. Además de asegurar los derechos fundamentales de los representantes de la sociedad civil con participación significativa en el EITI, exige que el solicitante a ser Candidato se abstenga de llevar a cabo acciones susceptibles de limitar el debate público respecto del EITI. La sociedad civil goza además de una protección especial puesto que se insiste en que deben “poder expresarse libremente” sobre los temas relativos al EITI; “involucrarse sustancialmente en el diseño, la implementación, el seguimiento y la evaluación del proceso EITI”; tienen “derecho a comunicarse y colaborar unos con otros”; y deben “poder operar libremente y expresar opiniones sobre el EITI sin limitaciones, coacción o represalias”.
- *Establecer un grupo multipartícipe (1.4)*⁷⁵⁰. Debe establecerse un grupo que supervise la aplicación del EITI. Ese grupo debe constituirse con arreglo a los principios de transparencia, pluralidad y equidad en la representación⁷⁵¹. Debe incluir al sector privado, la sociedad civil, el gobierno (incluso parlamentarios).
- *Elaborar un Plan de trabajo (1.5)*⁷⁵². Este Plan debe ser público y debe revisarse y actualizarse con carácter anual. Asimismo, debe incluir un calendario, así como una memoria financiera, y debe ajustarse a los plazos fijados por el EITI para la presentación de informes y el proceso de validación. Los elementos esenciales de este Plan son: la identificación de prioridades nacionales, la inclusión de los resultados de las consultas con las partes interesadas, así como las actividades establecidas, los plazos específicos para alcanzar los objetivos acordados, y la identificación de fuentes de financiación, tanto externas como nacionales, o, en caso de ser necesario, la concreción de ayuda técnica.

⁷⁴⁹ *Vide infra*, 2. El derecho de participación de la sociedad civil en los países implementadores del EITI.

⁷⁵⁰ *Vide infra*, 2.3.1 *Selección y funciones participativas*.

⁷⁵¹ Para más información es interesante revisar la Guía 14 lanzada en 2018 por el EITI: *Sobre el establecimiento y la gobernanza de los grupos multipartícipes que ayuda a disponer de términos de referencia modelo para su establecimiento y gobernanza*. Disponible en: <https://eiti.org/es/documento/nota-guia-14-sobre-el-establecimiento-y-gobernanza-los-grupos-multiparticipes>. Recuperado en noviembre de 2021.

⁷⁵² Para más información véase la Guía del EITI lanzada en 2016 sobre el *Requisito 1.5: Desarrollar un plan de trabajo del EITI*. Disponible en: https://eiti.org/sites/default/files/documents/guidance_note_2_workplan_es.pdf. Recuperado en noviembre de 2021.

Una vez el país ha complementado esta fase podrá presentar una Postulación de Candidatura al Consejo EITI. Esta deberá mostrar que las medidas adoptadas cumplen con los citados requerimientos y que la solicitud está respaldada por el grupo multipartícipe. El Consejo EITI es el órgano encargado de revisar la solicitud y verificar que se han cumplido con los requisitos de adhesión. Admitido el país por parte del Consejo como país implementador del EITI, se establecerán las fechas límite para la publicación del primer Informe EITI⁷⁵³, así como para que se emprenda el proceso de Validación. La primera divulgación de información deberá estar disponible en un plazo de 18 meses contados a partir de la fecha de admisión del país, mientras que la Validación comenzará en un plazo de dos años y medio contados a partir de la fecha de admisión del país como implementador del EITI⁷⁵⁴.

Desde su lanzamiento, poco a poco el número de Estados adheridos ha ido incrementado. Así, en mayo de 2013⁷⁵⁵, 37 países se encontraban adscritos al EITI. En 2016 la cifra había ascendido a 49 Estados⁷⁵⁶, de los cuales 29 eran cumplidores⁷⁵⁷ (21 cumplidores en 2013), 18 eran candidatos⁷⁵⁸ (16 candidatos en 2013) y 2⁷⁵⁹ se encontraban suspendidos temporalmente (6 suspendidos en 2013). En 2021 esta cifra ha ascendido levemente a 56 países (véase ilustración 1.8). Un signo muy positivo de su actual cobertura es la alta participación de los países africanos en el EITI. Es una característica destacable habida cuenta de que se trata de una de las regiones del mundo con mayor dependencia de los recursos naturales, y que además tiene unos niveles bajos de desarrollo social y político. El impacto de países implementadores en

⁷⁵³ El término “Informe EITI” en el contexto de un mecanismo de divulgación de información se utiliza para expresar la información y los datos que deben ser divulgados de acuerdo con el Estándar EITI. Estos datos pueden ser divulgados en un informe EITI o puede hacer referencia a información publicada, así como datos recolectados como parte del proceso EITI. El “Informe anual de progreso” permite gestionar el proceso de implementación del EITI y ayuda al país implementador a evaluar críticamente los progresos alcanzados para cumplir con los Requisitos EITI.

⁷⁵⁴ Para más información sobre las fechas límite para la presentación de informes y el proceso de Validación –así como la posibilidad de prórrogas– véase la sección 4 referente a la supervisión de la implementación del EITI por el Consejo EITI. Para información más detallada véase el apartado 4.3.1 de este Capítulo: El proceso de Validación del EITI (REVISAR TEXTO COMPLETO). Este proceso, como se analizará, determina cuál es el nivel de progreso; esto es; i) sin progreso; ii) progreso insuficiente; o iii) progreso significativo. Se ha de detallar, que el nivel de progreso se refiere a la situación del país y si este ha realizado avances en el cumplimiento de los Requisitos. Por lo tanto, si un país ha alcanzado un Progreso significativo, no quiere decir que haya alcanzado un nivel óptimo de transparencia o de máxima cumplimiento.

⁷⁵⁵ Human Rights Watch, *A new Accountability Agenda. Human Rights and the Extractive Industries Transparency Initiative*, 2013, p. 5.

⁷⁵⁶ EITI, *EITI Countries*. Disponible en: <https://eiti.org/countries>. Recuperado en noviembre de 2021. Estos datos ya no se encuentran en la web del EITI, habida cuenta de que la web se actualiza sistemáticamente con cada nueva adhesión.

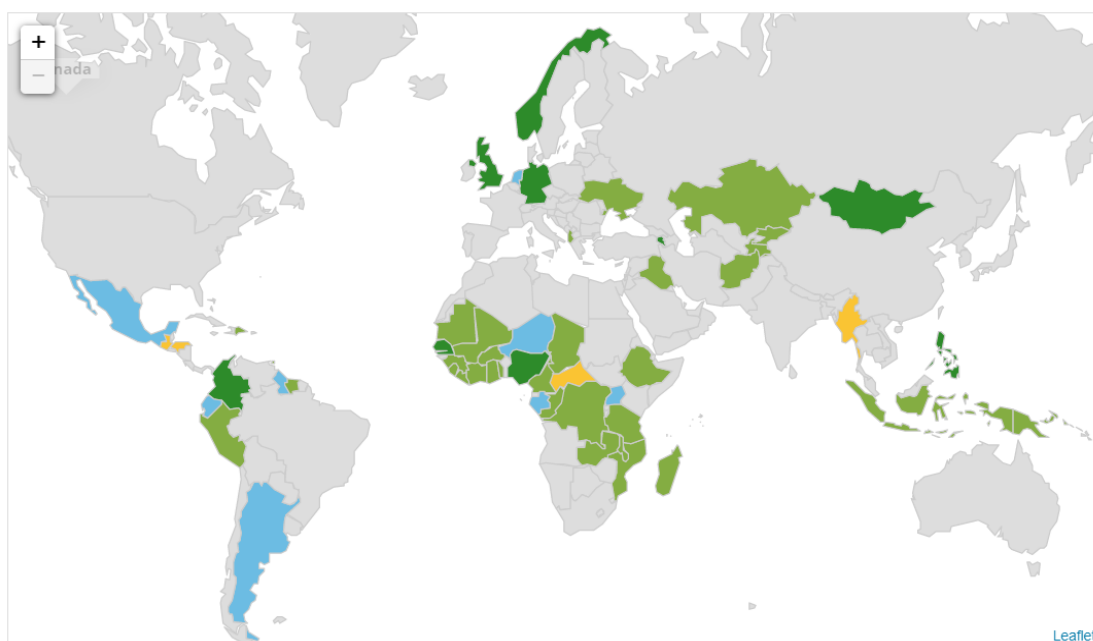
⁷⁵⁷ Cameroon, Chad, Côte d’Ivoire, Guatemala, Iraq, Kyrgyz Republic, Mali, Mongolia, Nigeria, Tanzania, Togo, Zambia, Albania, Burkina Faso, Democratic Republic of Congo, Ghana, Guinea, Indonesia, Kazakhstan, Liberia, Mauritania, Mozambique, Níger, Norway, Perú, Republic of the Congo, Sierra Leone, Timor-Leste y Trinidad and Tobago.

⁷⁵⁸ Afghanistan, Azerbaijan, Ethiopia, Honduras, Madagascar, Myanmar, Papua New Guinea, Philippines, São Tomé and Príncipe, Seychelles, Solomon Islands, Ukraine, United States of America, Colombia, Malawi, Senegal, Tajikistan y United Kingdom.

⁷⁵⁹ Central African Republic y Yemen.

América y Asia es más limitado, pero creciente. Por otro lado, cabe destacar que, en 2016, Noruega era el único país que representaba a los países industrializados. Actualmente, se ha sumado Reino Unido, Alemania y Países Bajos. En cambio, Estados Unidos que en 2016 se encontraba en la llamada fase de candidatos (antigua clasificación de los países según el Estándar de 2016), dejó el EITI en 2017. Véase la siguiente ilustración que muestra una fotografía actual de cómo se encuentran repartidos los países implementadores a través de los continentes⁷⁶⁰:

Ilustración 1.8 Alcance global EITI 2021



Fuente: EITI

Sin embargo, si se tiene en cuenta los principales países productores de petróleo y gas natural a nivel mundial durante el año 2019⁷⁶¹ sorprendentemente se observa la ausencia de países productores tales como Arabia Saudita, Canadá, Rusia, China, Emiratos Árabes, Irán, Kuwait, Venezuela, o Argelia. Se muestra así que, los mercados emergentes están ausentes y la gran mayoría de los miembros de la OPEC han desdeñado la iniciativa (salvo Indonesia e Iraq). La postura de estos países ante la negativa o el desinterés por adherirse al EITI es diversa. Algunos países se han expuesto contrarios a la adhesión porque consideran que sus propias normas sobre transparencia son suficientes o incluso más efectivas que las propuestas por el EITI

⁷⁶⁰ Lista de países adheridos en noviembre de 2021. Véase, *EITI countries*. Disponible en: <https://eiti.org/countries>. Recuperado en noviembre de 2021.

⁷⁶¹ BP, *BP Statistical Review of World Energy, 2019*.

(India, Sur África)⁷⁶². Otros perciben el EITI como una iniciativa hipócrita establecida por los países noroccidentales con el fin de imponer sus normas a los países en desarrollo (India, Sur África, Zimbabwe⁷⁶³). Lamentablemente, no se ha podido confirmar cualquier otra justificación que razone los motivos por los que estos países han decidido no unirse a la iniciativa.

1.4.3 Grupo de empresas afiliadas

Tal y como se ha adelantado, las empresas son aquel grupo que voluntariamente se ha comprometido a apoyar el objetivo de la Asociación del EITI. En este grupo, de conformidad con lo establecido en los *Artículos* (art. 5.2.ii), incluye a las empresas del sector extractivo, a los inversionistas institucionales, y a los comerciantes de materias primas. No obstante, tampoco se brinda una definición más concreta ni información más exhaustiva. De este modo, también en esta ocasión se hace imprescindible salirse del marco de los *Artículos*. No obstante, de la lectura de diferentes documentos puede desprenderse el rol o lo que se espera de ellas.

Como ya se ha adelantado, la campaña liderada por Publish What You Pay tenía como objetivo principal establecer requisitos de presentación de informes para las empresas⁷⁶⁴. Así, con este enfoque el Consejo EITI, con la adopción de los Estatutos del EITI y las normas de implementación, determinó que todas las empresas deberían cumplir con los requisitos de presentación de informes del EITI en los países donde operaban y tener en cuenta las consideraciones de los grupos de multipartícipes del país implementador. En este contexto, se crea la categoría de “Empresa de apoyo del EITI”, de cuya figura se esperaba un apoyo público al EITI, y su ayuda para promover el Estándar EITI a nivel internacional y en los países en los que opera. No obstante, en un inicio no se requerirían informes o divulgaciones adicionales de pagos para convertirse en una empresa de apoyo, si bien se pidió la publicación de un formulario anual de empresas de apoyo, el cual fue suprimido por las Reglas EITI de 2011. En la Conferencia global de 2013, una vez más la sociedad civil abrió el debate sobre la necesidad de reconsiderar los requisitos de las empresas de apoyo. A pesar de las

⁷⁶² Grieger Gisela, *Briefing, The Extractive Industries Transparency Initiative: state of play*, European Parliamentary Group Research, 2014, p.5. La veracidad de estas afirmaciones justificativas sobre si realmente las leyes nacionales de la India o Sudáfrica aseguran mejor la transparencia en la gestión de los recursos naturales podría ser estudio de otra investigación.

⁷⁶³ *Ibidem*, p. 5-6.

⁷⁶⁴ *Vide supra*, 1.1.2. Estudios, denuncias y el caso BP.

negociaciones, la propuesta para respaldar estos requisitos fue rechazada antes de la conferencia de Lima con el argumento de que serían difíciles de hacer cumplir y monitorear, y se acabó decidiendo que las empresas de apoyo al EITI debían pagar una contribución financiera obligatoria a la Dirección Internacional del EITI, ya que esta había sido voluntaria hasta la fecha.

No obstante, en 2017, el Comité de Gobernanza y Supervisión volvió a analizar los requisitos para todos los grupos de la Asociación EITI, en particular los de las empresas de apoyo y los países de apoyo. Finalmente, en abril de 2018, el Comité presentó al Consejo EITI un documento en el que se delineaban las expectativas de las empresas de apoyo⁷⁶⁵.

Unas recomendaciones que en la actualidad se encuentran recogidas en el Capítulo I, apartado 7 titulado “Expectativas respecto de las empresas que apoyan el EITI”. Como el título ya indica, esta breve sección define las expectativas que el EITI tiene sobre la contribución de las empresas. Así, se espera que estas:

- Realicen una “declaración pública que apoye a los Estándares a la vez que promuevan la transparencia del sector, contribuyan al debate público y proporcionen oportunidades para el desarrollo sostenible”.
- Brinden apoyo publicando los impuestos y pagos, y en caso de no hacerlo expliquen los motivos.
- Revelen públicamente los beneficiarios y tomen medidas para identificar a los beneficiarios reales de los socios directos, incluyendo empresas conjuntas y contratistas. Sin embargo, se especifica que las empresas que cotizan en la bolsa deberán estar a lo dispuesto en la normativa aplicable y los requisitos de cotización.
- Participen en procesos rigurosos de adquisición, incluida la diligencia debida con respecto a los socios y proveedores.
- Apoyen las decisiones de los países implementadores de revelar las licencias y contratos futuros suscritos que rigen la exploración y explotación de petróleo, gas y minerales.

⁷⁶⁵ Estos antecedentes han sido obtenidos de la web del EITI. Véase EITI, *Expectations for EITI supporting companies*. Disponible en: <https://eiti.org/document/expectations-for-eiti-supporting-companies>. Recuperado en noviembre de 2021.

- Trabajen de manera conjunta con los gobiernos para gestionar los recursos naturales de una manera que beneficie a las sociedades y a las comunidades.
- Aseguren que sus propios procesos internos son los apropiados para poder entregar los datos requeridos de conformidad con los estándares de rendición de cuentas⁷⁶⁶.

En definitiva, el EITI entiende que las empresas son esenciales para el éxito de la iniciativa y que promueven la transparencia y el buen gobierno no sólo al fomentar las citadas expectativas, sino también a través de su apoyo financiero en la gestión internacional del EITI y nacional⁷⁶⁷. Además, ayudan a dar forma al EITI y participan en su gobernanza, tanto a nivel local, a través de los grupos multipartícipes nacionales, como a nivel internacional, a través del Consejo EITI⁷⁶⁸. De este modo, para ser una empresa de apoyo, la compañía debe simplemente completar un formulario, cumplir con las citadas expectativas y realizar las contribuciones monetarias anuales a la gestión internacional del EITI⁷⁶⁹. Cabe decir, que en la actualidad el EITI muestra en su página web que este se encuentra respaldado por 68 organizaciones⁷⁷⁰ (21 del sector del gas y el petróleo⁷⁷¹; 40 del sector de la minería y metales⁷⁷²; 3 empresas comerciantes de productos básicos⁷⁷³; y 4 Instituciones financieras⁷⁷⁴). Entre ellas, se reconocen algunas de las empresas multinacionales más importantes del sector. Sin embargo, estos datos muestran la necesidad de un incremento del número de empresas que apoyan la iniciativa teniendo en cuenta que representan un porcentaje poco significativo sobre la totalidad de estas empresas a nivel mundial⁷⁷⁵.

⁷⁶⁶ EITI, *Estándar EITI 2019*, p. 48.

⁷⁶⁷ Para más información véase, EITI, *Guía para el apoyo corporativo a procesos EITI nacionales*, 2014.

⁷⁶⁸ Véase, EITI, *Companies*. Disponible en: <https://eiti.org/supporters/companies>. Recuperado en noviembre de 2021.

⁷⁶⁹ Véase, EITI, *Become a supporter*. Disponible en: <https://eiti.org/become-supporting-company#how-to-become-a-supporting-company>-. Recuperado en noviembre de 2021.

⁷⁷⁰ Véase, EITI, *Companies*. Disponible en: <https://eiti.org/supporters/companies>. Recuperado en noviembre de 2021.

⁷⁷¹ Eni, Far Limited, Equinor, PetroNor E&P Limited, Repsol, ConocoPhillips, Nigerian National Petroleum Corporation, Oil Search, Chevron, Hess, Royal Dutch Shell, TotalEnergies SE, Qatar Petroleum, Inpex, Staatsolie, Tullow Oil, Woodside Petroleum, BP, Cairn Energy, ExxonMobil, Kosmos Energy.

⁷⁷² Alcoa, Sibanye Stillwater, Newmont, Minera San Cristóbal, ArcelorMittal, Southern Copper, JX Nippon Mining & Metals, Newcrest Mining, Barrick Gold, Gold Fields, Vale, Antofagasta Minerals, Polyus, Sumitomo Metal Mining, African Rainbow Minerals, St Barbara Limited, Teck Resources, Orano Mining, Base Titanium, AngloGold Ashanti, AMG, Rio Tinto, Kinross Gold, Sherritt International, Dundee Precious Metals, Norsk Hydro ASA, Boliden, Freeport-McMoRan, BHP, BHP Foundation, South32, Minsur, Centerra Gold, KAZ Minerals, Anglo American, Mitsubishi Materials, Lundin Foundation, MMg, ERAMET y Codelco.

⁷⁷³ Glencore, Gunvor Group y Trafigura Group.

⁷⁷⁴ Nordea Group, Norges Bank Investment Management, KfW Group, Council on Ethics of the Swedish National Pension Funds.

⁷⁷⁵ Véase, por ejemplo, Banco Mundial, *Extractive Industries*. Disponible en: <https://www.worldbank.org/en/topic/extractiveindustries>. Recuperado en noviembre de 2021.

1.4.4 Grupo de organizaciones de la sociedad civil afiliadas

Finalmente, cabe destacar la participación de la sociedad civil, no sólo en la creación del EITI, sino también en su impulso y seguimiento. En particular, el Estándar hace especial hincapié en este grupo, y entiende que es fundamental, ya que este puede ofrecer apoyo a través de la promoción, capacitación, monitoreo e investigación de los Requisitos EITI⁷⁷⁶. Además, igual que las empresas, estas entidades no sólo dan forma al EITI a nivel internacional, sino como se verá, también tienen un rol esencial en la gobernanza a nivel local a través de los grupos multipartícipes nacionales, y en definitiva en la implementación del EITI en los países implementadores.

De este modo, el artículo 5.2.iii de los *Artículos* define el grupo de la sociedad civil como: “el grupo de las organizaciones de la sociedad civil que incluye a las organizaciones no gubernamentales, redes o coaliciones de acción mundial que apoyan el objetivo de la Asociación EITI⁷⁷⁷”.

Por ello, el EITI entiende que toda organización debe:

- Estar especializada en temas relacionados con la industria extractiva, y que su misión y visión reflejen tales intereses.
- Mostrar su compromiso con los principios de transparencia; aportar pruebas de su condición de organización no gubernamental; y probar que su funcionamiento y política son independientes de gobiernos y/o empresas⁷⁷⁸. Este segundo aspecto es muy importante con el fin de demostrar su independencia.

Teniendo en cuenta los anteriores factores, toda organización que desee solicitar la afiliación al EITI deberá presentar una serie de documentación y enviar la solicitud al denominado Punto focal de Coordinación, el cual las remitirá a los miembros de las organizaciones de la sociedad civil en el Consejo EITI. Estos comprobarán que las solicitudes son de conformidad con los objetivos y principios del EITI, y que estas

⁷⁷⁶ Más adelante se analizará las garantías que establece el EITI para asegurar la participación de la sociedad civil. 2. El derecho de participación de la sociedad civil en los países implementadores del EITI

⁷⁷⁷ Es decir, “hacer de los Principios y los Requisitos del EITI del Estándar reconocido internacionalmente para la transparencia en los sectores petrolero, gasífero y minero, reconociendo que un refuerzo de la transparencia de los ingresos obtenidos de los recursos naturales puede reducir la corrupción, y que los ingresos que provienen de las industrias extractivas pueden transformar las economías, reducir la pobreza y mejorar el nivel de vida de poblaciones enteras en los países ricos en recursos”. EITI, *Directrices para el grupo de la sociedad civil*, 2019, p. 2.

⁷⁷⁸ *Idem*.

son una organización independiente a cualquier gobierno o empresa. Obtenida la aprobación, se notifica al Secretariado del EITI para su registro. En caso de rechazo de la solicitud, la entidad puede impugnar la decisión ante miembros de las organizaciones de la sociedad civil en el Consejo EITI, enviando una comunicación oficial a una dirección de correo electrónico. Con el fin de tener un control exhaustivo, la afiliación se renueva antes de cada Conferencia Global. En la actualidad, según se especifica en su web, el EITI recibe soporte específico de 8 organizaciones, a saber: Open Ownership, Oxfam, Chatham House, Publish What You Pay, Transparency International, Tax Justice Network Africa, International Center for Not-for-Profit Law y Global Witness, y cuenta con más de 200 miembros de la sociedad civil⁷⁷⁹. Un porcentaje altamente superior al de las empresas.

1.5 Estructura orgánica

La estructura orgánica del EITI ha cambiado a lo largo del tiempo, como se debe esperar de un espacio tan dinámico y plural en su constitución. Como se ha expresado con anterioridad, las Conferencias Globales auspiciadas por el Gobierno británico no dieron lugar a una Asociación con personalidad jurídica propia interna hasta la Conferencia de Doha en 2009. Es allí donde se fijó la estructura orgánica actual, cuyas reglas de funcionamiento han sido sometidas desde entonces tan sólo a pequeños cambios. La lectura de los *Artículos* permite distinguir tres tipos de órganos:

- a) Los órganos institucionales permanentes de la Asociación (art. 4);
- b) Los órganos institucionales no permanentes, en referencia en concreto a uno de ellos, la Conferencia EITI (art. 6), que es “institucional”, en el sentido de esencial, pero no es permanente; y
- c) Los órganos subsidiarios, permanentes o no, categoría dogmática en la que se incluirían los “comités” (es decir aquellos comités que pueden ser creados de conformidad con el art. 13 de los *Artículos*).

Así, en concreto, los órganos institucionales permanentes (art. 4) de la Asociación son:

- i) la Junta de Miembros EITI;

⁷⁷⁹ Véase, EITI, *Members of the EITI Association: 2019-2022*, 2021. Según este registro los miembros de la sociedad civil a 15 de mayo de 2021 ascendían a un total de 236.

- ii) el Consejo del EITI; y
- iii) el Secretariado del EITI.

Por otro lado, a modo de avance, cabe destacar que la Conferencia es, en puridad, la primera institución propia del EITI desde una perspectiva histórica, puesto que su primera reunión (2003) dio el aldabonazo para la aprobación de los *Principios EITI*, y sus reuniones posteriores impulsaron el desarrollo de la Asociación⁷⁸⁰. Además, los *Artículos* le reconocen esa función nutricia en su sistematización: es el primer órgano del que se desarrolla su naturaleza, función, competencias, etc. Así, el EITI organiza una Conferencia Global por lo menos cada tres años con el propósito de establecer un foro internacional en el que las partes interesadas del EITI puedan contribuir a los objetivos del Estándar. Durante su celebración, de manera paralela, tiene lugar también la Junta de Miembros con los tres grupos constituyentes: los países (implementadores y que brindan apoyo), las empresas (incluyendo instituciones financieras) y las organizaciones de la sociedad civil.

1.5.1 Conferencia EITI

1.5.1.1 Naturaleza

Se trata del órgano deliberativo plenario del EITI. Es la continuación institucionalizada de la Primera Conferencia del 2003 que alumbró los Principios EITI. Su composición y funciones generales están recogidas en el art. 6 de los *Artículos* aunque, como en el resto de los órganos, ciertas competencias queden descritas en otros textos y disposiciones del *Estándar EITI*.

Extrañamente, en lo que vuelve a ser una técnica de regulación muy deficiente, los *Artículos* definen la naturaleza general de este órgano de forma negativa e implícita. Implícita cuando, en ningún caso, indica que es un órgano institucional no permanente. *Nos explicamos*. El art. 4, como se ha visto, crea aparentemente una categoría de órganos *institucionales* con alcance *permanente*, dejando fuera de los órganos de esta naturaleza a la Conferencia. Luego, la Conferencia es el primer órgano del que se regula su composición y funciones, aunque sin hacer referencia a si se trata o no de un órgano “institucional”. No obstante, en ningún lado se encuentra una

⁷⁸⁰ Se altera el orden de exposición de los Artículos por razones académicas.

explicación técnica de qué debe entenderse por un órgano “institucional”, así que, si tomamos esta acepción con su sentido ordinario en el derecho político o público en general, como algo que desempeña funciones básicas o fundamentales de un Estado u organización, no cabría más que concluir que la Conferencia debería entenderse como un órgano “institucional”. Sin embargo, se distinguiría de los “órganos institucionales permanentes”, ya que precisamente no es permanente, sino que celebra sus sesiones en lapsos de tiempo superiores a un año, sin dejar entre sesiones una estructura propia de funcionamiento permanente como tal. Y, así, lo primero que destaca de esta institución el art. 6 es que la Conferencia EITI se reúne “por lo menos cada tres años” (6.1).

Extrañamente, también se utiliza ese modo “negativo” cuando se hace una descripción general de la naturaleza de sus funciones. Es un órgano “que no ejerce funciones de gobierno”, (art. 6.1, última línea). Extraño y ambiguo, porque eso es comenzar la casa por el tejado. Imaginémos que alguien intenta definir las funciones del corazón del mismo modo: “no realiza funciones cognitivas”. Podría tener así cualquier otra función. Aquí, los *Artículos* parece que están dando un significado empresarial a la palabra “gobierno”, para resaltar de modo negativo lo que afirma en la primera línea de la misma disposición, esto es, que la Conferencia es “un foro de debate” de todas las partes interesadas en el EITI y que toman aposento en la Conferencia. Así, su carácter “no gubernativo” resalta que carece de funciones ejecutivas o de adopción de decisiones de gestión que puedan generar obligaciones internas para otros órganos de la Asociación o para los miembros. Es así, un órgano deliberativo plenario, de composición heterogénea en cuanto a los intereses representados, como luego se verá, y que evacúa los grandes debates de *policy* del EITI, prestando un espacio a todos los interesados en la promoción de los principios y objetivos del EITI.

Otras funciones ya se describen, con más precisión, en el apartado 4 del art. 6. Se trata de un espacio para dar visibilidad a ese debate plural, para la promoción y la recaudación de fondos financieros para el EITI, de revisión crítica de los progresos del mecanismo a partir de los informes de actividades emitidos por los órganos permanentes, de proposición de “sugerencias” al Consejo del EITI sobre futuras actividades; de facilitación de compromisos de *policy* al más alto nivel, etc. Así, en

su desarrollo, la Conferencia podrá, en una declaración no vinculante que se comunicará a la Junta de Miembros y al Consejo EITI, formular opiniones sobre cuestiones relativas al progreso realizado de conformidad con el informe de actividades presentado por la Junta de Miembros, así como ofrecer sugerencias al Consejo EITI en relación con las actividades de la Asociación (art. 6.4 de los Artículos de Asociación)⁷⁸¹.

1.5.1.2 Composición y proceso de adopción de “sugerencias”

El art. 6 determina la composición del órgano: “los Miembros, el Consejo y el Secretariado EITI” tienen derecho a asistir o ser representados en la Conferencia, lo que permite la figura de la delegación de la representación a otros asistentes. El hecho de que los “Miembros” procedan de los tres grupos de interés, gobiernos, empresas y organizaciones sin ánimo de lucro, garantiza de por sí el carácter plural de la Conferencia, siendo este, como se ha indicado, uno de los bienes más preciados para la legitimación ética de la Asociación. Pero la voluntad inclusiva de la Asociación se agranda al permitir también que se pueda “invitar a otras partes interesadas” en el EITI a que participen en sus reuniones. Ciertamente es que a tal efecto, el Consejo debe evaluar la viabilidad de la invitación (“que sea razonablemente práctico” -art. 6.2), pero la fórmula ha sido utilizada con frecuencia y ha permitido que la Conferencia funcione como un canal de recepción de planteamientos de terceros no miembros, y por ello, no representados en su estructura orgánica permanente.

Por otro lado, el art. 6.5 de los *Artículos* deja bien claro que la Conferencia expresa opiniones sobre cualquier tema de los debatidos, pero que sólo puede aprobar declaraciones no vinculantes al respecto, las cuales serán comunicadas a la Junta de Miembros y al Consejo EITI. Existe una obligación de comportamiento de intentar adoptar estas “resoluciones” de carácter declarativo por consenso de los participantes, aunque en caso de disenso el Consejo EITI puede llamar a los participantes a una votación. Cada “parte interesada” cuenta con un voto (menos los representantes del Consejo y del Secretariado) y las resoluciones se aprueban por mayoría simple de los votos emitidos (art. 6.5). Una regla que parece poco apropiada para garantizar la fuerza legitimadora de las resoluciones si se margina a algún grupo de interés

⁷⁸¹ EITI, *Estándar EITI* 2019, 2019, p. 55.

minoritario que, con su concurrencia favorable, dota de más inclusividad a lo aprobado.

Como se ha observado, la web del EITI dispone de un apartado donde se encuentran listadas las Conferencias Globales⁷⁸² llevadas a cabo hasta la fecha. Cada una de ellas se encuentra enlazada a un apartado exclusivo sobre la misma. El examen de cada uno de estos apartados muestra una falta de sistematización y desorden de las Conferencias. Sin un orden o patrón lógico, pueden encontrarse una variedad de documentos o información de diferente índole (como contenido multimedia -videos, fotos, etc.-, las minutas de la Junta de Miembros del EITI, las declaraciones y presentaciones de la Conferencia, informes resumidos del presidente/a, un resumen de los aspectos destacados acaecidos (como los compromisos presentados por gobiernos o empresas presentes, presentaciones de países que han sido aceptados como países implementadores, etc.⁷⁸³), así como también el programa de los eventos que han tenido lugar (descripción y horarios de los eventos de los miembros, de las sesiones plenarias o de las sesiones ejecutivas, explicando en todo caso los temas de las discusiones llevadas a cabo). En cualquier caso, no se han encontrado actas que muestren la aprobación de ninguna declaración no vinculante, y por consiguiente, no se ha podido confirmar si estas, tal y como sugiere el art. 6.5, han sido adoptadas por consenso. En otras palabras, el EITI no hace públicos los resultados de los debates llevados a cabo en las Conferencias, salvo resaltar en su web algunos aspectos de interés que se han debatido durante las mismas.

Esta falta de transparencia hace que esta investigación no haya podido determinar el grado de legitimidad que tendrían las recomendaciones o decisiones adoptadas, ya que no se ha podido verificar en ningún caso si alguna vez se ha tenido que recurrir a votación, o si ha existido o no discrepancia entre las partes interesadas sobre los aspectos tratados (como podrían ser las sugerencias presentadas al Consejo EITI sobre las actividades de la Asociación). De este modo, por ejemplo, tampoco se tiene más información sobre la decisión adoptada, en la Sexta Conferencia Global del EITI, de lanzar el nuevo Estándar EITI. Aun así, parece ser que las Conferencias han sido un

⁷⁸² EITI, *Global Conference*. Disponible en: <https://eiti.org/global-conference>. Recuperado en noviembre de 2021.

⁷⁸³ Véase por ejemplo, EITI, *Highlights from EITI Global Conference (2009)*. Disponible en: <https://eiti.org/news/highlights-from-eiti-global-conference>. Recuperado en noviembre de 2021.

espacio de diseño político de la evolución del EITI, a pesar de no ser un órgano “gubernativo”.

1.5.2 Junta de Miembros de EITI

1.5.2.1 Composición y funcionamiento

La vocación tripartita que persigue reforzar la legitimidad institucional de la Asociación EITI se traslada, en efecto, a toda la estructura organizativa. La Junta de Miembros EITI, “EITI Members Meeting” en inglés, es otro botón de muestra, y por lo tanto, se compone por los miembros de la Asociación del EITI⁷⁸⁴, de conformidad con el art. 5.1 de los *Artículos*.

Cabe decir, que este órgano es calificado como institucional y permanente en el art. 4, sin que acabe de entenderse del todo el porqué de su categorización como “permanente”. La categorización como “institucional” puede ser explicada en los mismos términos en que se ha extendido a la Conferencia, aunque a esta no se le atribuya esa naturaleza; sin embargo, no acaba de entenderse su calificación como “permanente” cuando en el art. 7.2 se indica que la Junta “celebrará una reunión ordinaria por lo menos cada tres años, en ocasión de la Conferencia EITI”. Esta reunión es también convocada, como en el caso de la Conferencia, por el Consejo. Cierto, es posible que el Consejo convoque a la Junta de modo extraordinario, pero nada impide que se haga lo mismo con la Conferencia. Como tal, la Junta no parece que tenga una estructura de gestión interna que trabaje de modo continuado, entre reunión y reunión ordinaria, puesto que, tras su convocatoria y celebración de reuniones, se disuelve, quedando, en realidad, el Secretariado EITI y la Presidencia como órganos permanentes de la organización, que no pueden ser considerados órganos delegados específicos de la Junta, sino de la Asociación. En cualquier caso, sus miembros, son convocados por el Consejo nominalmente cada vez que se quiera celebrar una reunión (7.3), y pueden asistir directamente o delegar su representación y voto en otro representante (art. 7.5). Para que se puedan celebrar sus reuniones es necesario un quórum mínimo de un tercio de sus Miembros, que incluya por lo menos,

⁷⁸⁴ *Vide supra*, 1.4 Formas de participación.

una tercera parte de los Miembros de cada grupo, es decir países, empresas y sociedad civil (art.7.7).

En el ejercicio de sus competencias, los *Artículos* abogan también por la adopción de sus decisiones por consenso, aunque también prevé un mecanismo de voto que rompa el bloqueo mediante una mayoría, más reforzada que la exigida para la adopción de recomendaciones en el seno de la Conferencia. De conformidad con el art. 7.8, en el caso de ausencia de consenso sobre la resolución sometida a aprobación, cabe su aprobación mediante una mayoría doblemente reforzada. Debe acumular simultáneamente, dos tercios del total de votos emitidos, que además, supongan el apoyo de un tercio de los votos emitidos por cada Grupo de interés, teniendo cada Grupo el mismo número de votos totales. Esto se obtiene dando un voto a cada gobierno del Grupo de Estados, y determinando el valor de los votos de cada miembro de los otros Grupos, el de empresas y el de entidades sociales, dividiendo sus respectivos miembros entre el total de votos de los gobiernos. Así, en un escenario con 100 gobiernos miembros, 200 empresas miembros, y 300 entidades sociales miembros, en el Consejo todos los grupos emitirían 100 votos, lo que implica un total de 300 posibles votos emitibles, pero el valor del voto de cada empresa sería la mitad del de cada Estado, y el de cada entidad social $\frac{1}{3}$ del de cada gobierno. Esto mantiene una paridad estricta de cada grupo de interés en el proceso decisorio que es lo que refuerza la legitimidad interna de la decisión adoptada o rechazada.

1.5.2.2 Funciones

Los Artículos definen este órgano como “el órgano de gobierno de la Asociación” (art. 7.1), y realizan una descripción pormenorizada de sus funciones a través del art 8. Así, la Junta será la que deberá:

- nombrar al Presidente del EITI;
- elegir también a los miembros del EITI “basándose en las propuestas de los grupos”;
- aprobar el “plan de actividades del EITI”, las cuentas y el informe de actividades; y
- más en general, podrá considerar cualquier “asunto planteado por los Miembros”.

Dicho todo lo anterior, surge la idea que quizás en el futuro, debiera evitarse el solapamiento representativo, y parcialmente funcional, entre la Conferencia y la Junta, más aún si la diferencia en su composición sólo se manifiesta en la no presencia como participantes de las “partes interesadas” no miembros del EITI, o la no asistencia tampoco del Consejo EITI, lo que no deja de hacerle un órgano plenario de la Asociación puesto que “se compone de los miembros de la Asociación EITI” (7.2)⁷⁸⁵.

1.5.3 Consejo EITI

1.5.3.1 Composición y funcionamiento

La composición tripartita también se muestra en la composición del principal órgano de gobierno del EITI, esto es el Consejo EITI, el cual es elegido por la Junta de Miembros.

Según el artículo 9.2 de los *Artículos* este estará formado por 21 miembros⁷⁸⁶, de los cuales uno de ellos recae en la figura del Presidente/a (*vide infra* 7.4). El resto serán nombrados por cada uno de los grupos según se estipula en el citado artículo⁷⁸⁷;

- nueve miembros de la Asociación que pertenecen al grupo de países implementadores, con un máximo de tres de la categoría de los que “respaldan” la iniciativa, y seis miembros que pertenecen al grupo de empresas, con un máximo de un miembro de los inversionistas institucionales; y
- cinco miembros son de la sociedad civil. Cabe la posibilidad de nombrar miembros “suplentes” para los casos en que se deba sustituir a un miembro por imposibilidad de comparecencia (art. 9.4).

El Consejo se reúne un mínimo de dos veces al año, de ellas, mínimo una, ha de ser presencial (art. 14.1). Como en el conjunto de los órganos de la organización, su

⁷⁸⁵ Un listado de los Miembros de la Asociación EITI en el momento de redacción de esta investigación (Registro de Miembros EITI 2019-2022) puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://eiti.org/es/documento/registro-miembros-eiti-20192022>. Recuperado en noviembre de 2021. Según este registro en mayo de 2021 había un total de 371 miembros (52 países miembros; 15 países que dan soporte; 68 empresas que dan soporte y 236 miembros de la sociedad civil. Cabe decir, que se han detectado diferencias entre estos datos y los publicados en la propia web. Se entiende que debe ser debido a una posible falta de actualización.

⁷⁸⁶ Un listado de los miembros del Consejo en el momento de redacción de esta investigación puede consultarse en EITI, *Board Members 2019-2022*. Disponible en: <https://eiti.org/document/eiti-board-members-20192022>. Recuperado en noviembre de 2021.

⁷⁸⁷ El EITI ha publicado una serie de guías para los grupos con recomendaciones a tener en cuenta en el proceso de nominación. Estos están disponibles en la web del EITI, *EITI Constituency Guideline*. Disponible en: <https://eiti.org/document/eiti-constituency-guidelines>. Recuperado en noviembre de 2021.

composición tripartita induce a una obligación de comportamiento en el marco del proceso de adopción de decisiones, esto es, debe “esforzarse al máximo para aprobar resoluciones por consenso” (art. 14.3). Sólo si esto no es posible, la Presidencia puede decidir que se proceda a votación, en la que cada miembro del Consejo tiene un voto. Las sesiones de votación requieren un quórum mínimo de dos tercios de los miembros del Consejo, en el que deben constar dos miembros del grupo de países, y un miembro de cada uno de los otros dos grupos, que deben representar al menos dos tercios de los miembros totales del Consejo (art. 14.4). Las resoluciones, en ausencia de consenso, se aprueban por mayoría cualificada, que implica contar con 13 votos a favor, y que supongan además un tercio de los votos emitidos por los miembros del Consejo de cada grupo, incluido un tercio del subgrupo de los países implementadores (art. 14.5). Asimismo, los *Artículos* prevén circunstancias y modos en los que cualquier miembro del Consejo debe recusarse de la votación si esta supone un conflicto de intereses directo o indirecto (14.6). Asimismo, el art. 14.8, establece que la Asociación EITI puede comprometerse externamente a través de la firma conjunta de todos los Miembros del Consejo (esta capacidad de compromiso externo es delegable en la Presidencia o en dos o más miembros del Consejo).

En el momento de redactar la presente investigación y desde su constitución, el Consejo EITI ha celebrado 51 reuniones (la última celebrada en junio de 2021). En su web se puede encontrar el listado de todas las decisiones tomadas. Se observa que todas ellas han sido tomadas por el Consejo en su totalidad (si bien no se dispone de las Actas firmadas por sus miembros, sino únicamente de la información que el EITI pone a disposición en su web)⁷⁸⁸.

1.5.3.2 Funciones

El Consejo es definido también como un órgano de gobierno del EITI, en tanto decide las prioridades de la organización y evalúa el rendimiento de los países con respecto al cumplimiento de los requisitos del Estándar. De este modo, de conformidad con el art. 12, se trata del órgano que ejerce “poderes ejecutivos” en la Asociación, sometido a las resoluciones de la Junta de Miembros. Pero esto resulta

⁷⁸⁸ Véase EITI, *EITI Board meetings*. Disponible en: <https://eiti.org/eiti-board-meetings>. Recuperado en noviembre de 2021.

poco claro cuando la misma disposición describe estas competencias en sus letras i) a xii)⁷⁸⁹.

La primera enumerada es la de “examinar las cuestiones políticas generales y específicas que afectan a la Asociación”, algo que *a priori* difícilmente encajaría dentro de la etiqueta de función “ejecutiva”. ¿Podría parecer más bien algo propio de la Conferencia, o al menos ya compartido con ella⁷⁹⁰? Más específicas parecen las de “acordar planes de trabajo”, elaborar el presupuesto, convocar y preparar las reuniones de la Conferencia o de la Junta, o presentar el informe de actividades, las cuentas anuales y las auditorías. El Consejo tiene también la función de contratar al Director/a de la Secretaría, y supervisar el trabajo del Secretariado. Por otro lado, despliega unas funciones principales dentro del esquema: establecer los procedimientos del proceso de validación y quejas, la resolución de controversias y regulación de la exclusión de un país de lista de miembros, así como el establecimiento de los procedimientos de apelación, algo que también no acabaría de encajar con la categorización de sus funciones como “ejecutivas”. O qué decir de la propia de “adoptar procedimientos y normas más detalladas para la gestión y el funcionamiento de la Asociación, incluyendo los contenidos de los planes de trabajo nacionales y empresariales, el proceso de validación, etc...” (xi). Asimismo, sobre cuestiones orgánicas internas, recomienda al candidato de la Presidencia EITI, y adopta o modifica el *Código de conducta* del EITI.

También es relevante destacar la posibilidad del Consejo de dotarse de comités para promover temas específicos (artículo 13 de los Artículos de Asociación)⁷⁹¹. De este modo, durante el periodo que sucede entre las Conferencias Globales, el EITI supervisa las actividades del EITI mediante sus reuniones periódicas y las reuniones de los comités sobre temas de diferente índole⁷⁹² (ya sean relativos a la propia gobernanza del EITI, como a los procesos de Validación, entre otros aspectos⁷⁹³). En

⁷⁸⁹ Sobre el Consejo EITI véase también, EITI, *Manual del Consejo*, 2020.

⁷⁹⁰ Por ejemplo, en diciembre de 2020, el Consejo del EITI publicó su estrategia de prioridades para 2021-2022 (decisión basada en el artículo 12.1.i de los Artículos de Asociación). Decisión 2020-90/BC-300, *EITI's Strategic Priorities 2021-2022*, EITI, de 24 de diciembre de 2020.

⁷⁹¹ Cada dos o tres años, con la elección del nuevo Consejo, se pueden formar nuevos Comités. En el momento de redactar la presente investigación los Comités del Consejo son los que a continuación se detallan; i) Comité de Finanzas; ii) Comité de Supervisión y Gobernanza; iii) Comité de Implementación; iv) Comité de Sensibilización y Candidatura; v) Comité de Respuesta Rápida; y vi) Comité de Validación. Véase: EITI, *Comités del Consejo*. Disponible en: <https://eiti.org/board-committees>. Recuperado en noviembre de 2021.

⁷⁹² EITI, *Gobernanza del EITI*. Disponible en: <https://eiti.org/es/gobernanza-del-eiti>. Recuperado en noviembre de 2021.

⁷⁹³ Véase, EITI, *Register of Board decisions*. Disponible en: <https://eiti.org/register-decisions>. Recuperado en noviembre de 2021.

otras palabras, es en este período cuando se discuten y diseñan los propios documentos del EITI (como serían los Requisitos EITI, protocolos, políticas, etc.), los cuales se entiende deberán ser aprobados en la Junta de Miembros y las Conferencias Globales (en realidad, este aspecto no queda claro en los *Artículos* de la Asociación). Cabe decir, que este proceso cuenta con el apoyo del personal del Secretariado, y con la colaboración, si es necesario, de consultores externos.

1.5.4 Presidencia

Los *Artículos* no conceden a la Presidencia el rango de órgano permanente del EITI, aunque quizá sea el que más responda a esta característica, puesto que este órgano se configura funcionalmente como un miembro o elemento representativo del conjunto de la organización presente en sus funciones en el interior de distintos órganos.

La Presidencia es nombrada por la Junta de Miembros a propuesta del Consejo EITI (una recomendación), y su mandato dura el tiempo de reunión ordinario que media entre dos juntas ordinarias (tres años), pudiendo renovarse una vez. Esto hace que, en realidad, sobre esta recaiga propiamente la “continuidad” de los trabajos del EITI, junto con la Secretaría. Como tal, ejerce la presidencia de la Junta de Miembros y del Consejo EITI (art. 11) ,y es la encargada de representar al Consejo en los asuntos externos, así como de presentar los informes correspondientes en la Conferencia y en la reunión de la Junta de Miembros. Las razones que motivan su división de funciones con el Secretariado, que tiene su propio Director, tampoco son demasiado claras. Así, uno puede ver que le corresponde a la Presidencia recibir peticiones de celebración de reuniones extraordinarias de la Junta. Pero luego se indica que los miembros que deseen participar en una reunión de la Junta se lo deben comunicar a la Secretaría, sin que se entienda por qué no se canalizan todas esas funciones administrativas en un sólo órgano, la Secretaría. Además, la Presidencia, por su modo de nombramiento y funciones, tiene un plus de alta representatividad del EITI, *de todos los órganos del EITI*. Y es hacia esta idea que, entendemos, debiera orientarse en exclusiva sus funciones para no entrar en un solapamiento innecesario con el Secretariado.

En la web del EITI se encuentran publicados los miembros de los últimos cinco Consejos EITI. Los documentos muestran que desde 2006 han sido nombrados 4 Presidentes/as diferentes (Peter Eigen, Clare Short, Fredrik Reinfeldt y Helen

Clark⁷⁹⁴). Se observa que todos ellos, a excepción de Peter Eigen (abogado, economista y líder de la sociedad civil) tienen un perfil político. No habiendo optado así a la presidencia ningún miembro con un perfil empresarial.

1.5.5 Secretariado y financiación del EITI

El Secretariado EITI se configuraría como un órgano permanente, formado por un “Director ejecutivo”, que podrá contar con el personal adicional necesario para desarrollar el funcionamiento ordinario de la Asociación. El Secretariado se encuentra bajo la dirección del Consejo EITI “a través de su Presidencia”. De ahí que parezca redundante que esté dotado de un “Director ejecutivo” que es dirigido por la Presidencia, que a su vez es dirigida por el Consejo EITI (art. 16). Se determina, además, que este director/a actuará como Secretario/a en todas las reuniones del Consejo EITI, la Junta de Miembros y en las Conferencias Globales.

Las personas que conforman el Secretariado, son contratados por los Miembros del EITI, y como aparato de gestión de la Asociación, este desarrolla importantes funciones: apoyo a los países implementadores, actualización del Registro de Miembros y de los Artículos de Asociación, y de cualquier enmienda realizada a los mismos, así como conservación de las Actas de todas las reuniones del Consejo, de la Junta de Miembros y de la Conferencia en el correspondiente libro de Actas (art. 15 de los *Artículos*). Según rezan los Artículos estas se publicarán en el sitio web del EITI, sin embargo, se ha observado una falta de orden y estructura, y en muchas ocasiones, estas no se encuentran (o bien nunca lo estuvieron o bien han sido retiradas).

En cuanto a la financiación, es necesario remarcar que como asociación sin ánimo de lucro, los fondos para el pago del funcionamiento de la Asociación se obtienen de las contribuciones de los Miembros del EITI, así como de contribuciones de donantes bilaterales y multilaterales, instituciones financieras internacionales y otros organismos, organizaciones y entidades. La Asociación EITI también puede operar a través de contribuciones voluntarias en especie (art. 17 de los *Artículos*), así como gracias a los pagos realizados por los países implementadores (en 2016, tras una

⁷⁹⁴ Véase, EITI, *List of former EITI Board members*. Disponible en: <https://eiti.org/document/list-of-former-eiti-board-members>. Recuperado en noviembre de 2021 y EITI, *EITI Board Members 2019-2022*. Disponible en: <https://eiti.org/document/eiti-board-members-20192022>. Recuperado en noviembre de 2021.

decisión del Consejo EITI, se acordó que los países implementadores debían hacer una contribución financiera de 10.000 dólares a la Gestión Internacional de la EITI para ayudar a cubrir parte del apoyo que reciben del organismo internacional).

La Dirección Internacional del EITI tiene un presupuesto de unos 7 millones de dólares al año, que cubre los salarios y los costos asociados del personal, la oficina del Presidente/a, las reuniones de la Junta de Miembros, las actividades de apoyo a la implementación, la divulgación, la comunicación y los costos de Conferencias, entre otros. Los planes de trabajo anuales establecen las actividades principales del Secretariado Internacional, los cuales son aprobados por el Consejo de la EITI. Estos planes reflejan las prioridades clave de la gestión internacional del EITI para el siguiente año y muestran los presupuestos del EITI⁷⁹⁵.

Asimismo, el Consejo EITI dispone del Comité de Finanzas que lo asesora sobre cuestiones estratégicas relacionadas con la financiación de la Dirección Internacional del EITI (es decir del propio Consejo y la Secretaría). Sus funciones se centran en brindar orientación sobre la obtención de los fondos acordados por el Consejo EITI, aprobados en los citados planes de trabajo y los presupuestos de la Secretaría del EITI, así como en presentar informes financieros, determinar la inversión de liquidez, así como la aceptación de operaciones financieras. Además, debe revisar de vez en cuando los principios de financiación adoptados por la Junta de Miembros⁷⁹⁶.

Con el propósito de asegurar una óptima transparencia, las cuentas son auditadas, y además la Secretaría del EITI presenta a la Junta de Miembros un conjunto de cuentas detalladas que comparan los gastos con el presupuesto⁷⁹⁷. También cabe destacar que el Comité de Finanzas, debe revisar los gastos del EITI, y en particular, evaluar la gestión de la Secretaría en relación con sus fondos, y si es necesario, hacer consideraciones sobre si esta toma decisiones efectivas y apropiadas sobre el uso de la financiación.

⁷⁹⁵ Para más información véase, EITI, *International Secretariat work plan*. Disponible en: <https://eiti.org/document/international-secretariat-work-plan>. Recuperado en noviembre de 2021.

⁷⁹⁶ Véase EITI, *Board Committees*. Disponible en: <https://eiti.org/board-committees#finance-committee>. Recuperado en noviembre de 2021.

⁷⁹⁷ Para obtener más información sobre las cuentas auditadas y los informes de los auditores de 2007-2020, véase EITI, *EITI Detailed Accounts (2007-2020)*. Disponible en <https://eiti.org/document/eiti-detailed-accounts-2007-2020>. Recuperado en noviembre de 2021.

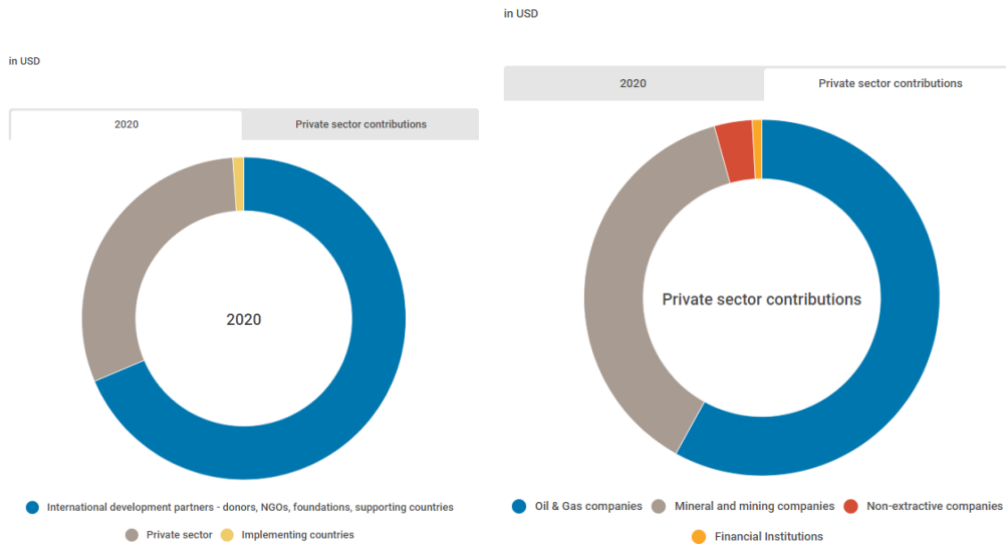
Los siguientes gráficos muestran la financiación de la Gestión Internacional del EITI en 2020⁷⁹⁸. De este modo, en el gráfico 1.5 se observa que la principal fuente de ingresos proviene de los socios internacionales para el desarrollo (es decir donantes, ONG, fundaciones, y los países que dan apoyo), y que la contribución del sector del gas y petróleo es ligeramente mayor que la del sector de la minería y muy superior a la aportación de las empresas no extractivas o instituciones financieras⁷⁹⁹. Por otro lado, el gráfico 1.6 muestra un creciente aumento de las contribuciones desde 2010, con un cierto descenso durante los años 2014 a 2016, justo después de la aprobación de lo que sería el inicio del actual *Estándar EITI 2019*. También se observa, el momento en que se inician las aportaciones de los países implementadores. Así, estos datos ponen de manifiesto que el EITI habría ido ganando poco a poco una mayor aceptación entre las partes interesadas, en particular por parte de las ONG, fundaciones o países que dan soporte, manteniéndose, eso sí, una contribución lineal por parte del sector privado. Finalmente, los gráficos 1.7 y 1.8 presentan la distribución de los gastos según las funciones o el tipo; las actividades relativas al apoyo a la implementación⁸⁰⁰ (gráfico 1.7) y los sueldos y otros gastos de personal (gráfico 1.8) concentran los mayores porcentajes de las partidas de gastos.

⁷⁹⁸ La información sobre estos gráficos y el financiamiento puede encontrarse en EITI, *Financiamiento*. Disponible en: <https://eiti.org/es/financiamiento>. Recuperado en noviembre de 2021.

⁷⁹⁹ La contribución de los países implementadores puede obtenerse a través de la revisión de las cuentas anuales del EITI. Véase nota 781. *EITI Detailed Accounts (2007-2020)*.

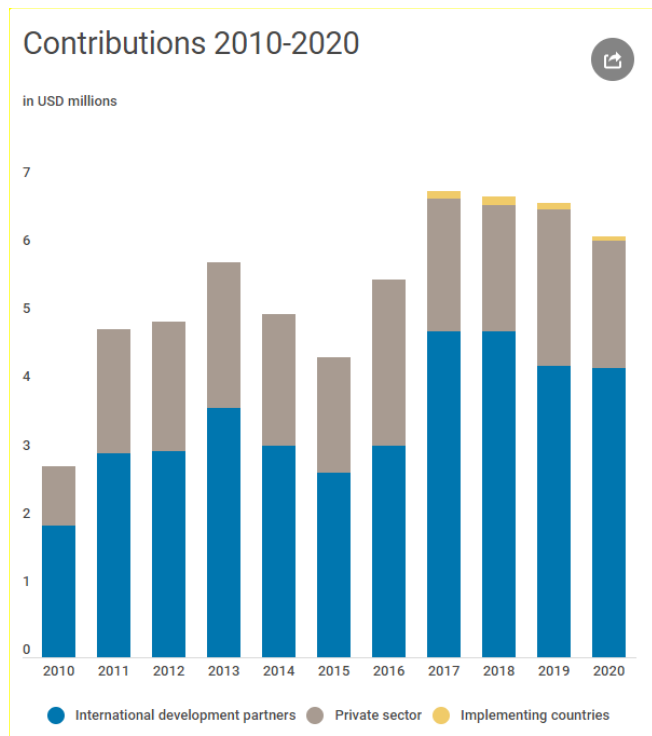
⁸⁰⁰ En este sentido es preciso mencionar que el financiamiento de la implementación de la EITI en los países está principalmente financiada por los propios países. Por ello, la forma de financiación de cada país puede diferenciarse de unos a otros. Por ejemplo, en muchos casos, el apoyo financiero proviene de agencias de desarrollo internacionales como sería el Banco Mundial a través de un mecanismo de donantes múltiples. El Secretariado del EITI ha estimado que el coste de implementación del EITI puede superar los 50 millones de dólares por año (según una encuesta de 43 planes de trabajo realizada en 2015). Más información sobre este financiamiento puede encontrarse en las webs de los países implementadores. Véase, EITI, *Countries*. Disponible en: <https://eiti.org/countries>. Recuperado en noviembre de 2021.

Gráfico 1.5 Fuentes de ingresos EITI 2020



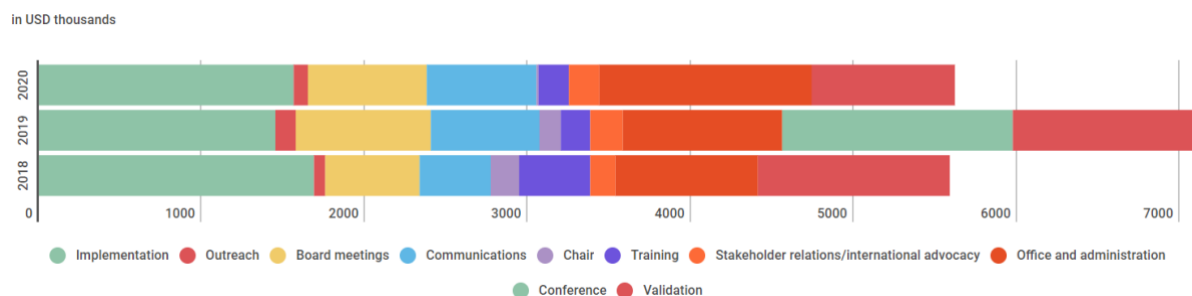
Fuente: EITI

Gráfico 1.6 Contribuciones 2010-2020



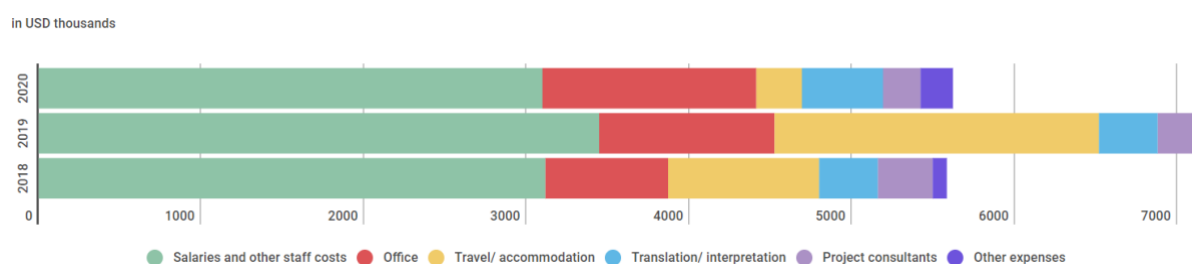
Fuente: EITI

Gráfico 1.7 Gasto EITI según función, 2020/2019/2018



Fuente: EITI

Gráfico 1.8 Gastos del EITI según tipo, 2020/2019/2018



Fuente: EITI

Una vez expuesto el origen y analizada la estructura del EITI, es preciso examinar la forma en que el EITI aborda los asuntos claves referentes a la gobernanza del sector. ¿Pero que debe entenderse por gobernanza? En primer lugar, debe decirse que este término puede ser utilizado en variados contextos, es decir, puede hablarse de gobernanza internacional, gobernanza nacional, gobernanza local o incluso gobernanza corporativa. Aunque parece que existe consenso sobre su significado y alcance, lo cierto es que existe una variedad de definiciones. Si bien, se trata de una expresión que se asocia generalmente con objetivos políticos, económicos y sociales, los cuales se consideran necesarios para lograr el desarrollo⁸⁰¹. De este modo, en términos amplios la gobernanza puede ser definida como “todos los procesos de gobierno, las instituciones, los procesos y las prácticas a través de los cuales se deciden y regulan los temas de interés común⁸⁰²”.

En particular, en cuanto al presente objeto de estudio, se entiende que la buena gobernanza de los recursos naturales es el sistema de relaciones y conductas que articulan el funcionamiento de la industria en su entorno social, político, económico

⁸⁰¹ Véase Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Serie de Módulos Universitarios: Módulo 2: La corrupción y la buena gobernanza. ¿qué es la Buena gobernanza? Disponible en: <https://www.unodc.org/e4j/es/anti-corruption/module-2/key-issues/what-is-good-governance.html>. Recuperado en marzo de 2020.

⁸⁰² Yap Kioe Sheng, *What is Good Governance?* Economic and Social Commission for Asia and the Pacific, 2009.

y natural⁸⁰³. Esta gobernanza se ejerce por medio del “conjunto de instituciones formales (marcos constitucionales, leyes, contexto fiscal y regulación sectorial, entre otras), instituciones informales (reglas implícitas en la práctica de uso común) y decisiones políticas soberanas, cuya acción conjunta rige el funcionamiento de los sectores extractivos, y que también incluye a todos los sectores que participan de una actividad, directa o indirectamente, es decir el propio gobierno, la industria, los trabajadores, las comunidades, la sociedad civil y el entorno natural”⁸⁰⁴. Por ello, se ha argumentado que esta permite asegurar la minimización de la corrupción (uno de los riesgos más significativos del sector⁸⁰⁵), así como tener en cuenta las opiniones de las minorías y las voces de los más vulnerables en la toma de decisiones⁸⁰⁶.

De este modo, con el fin de alcanzar una buena gobernanza se ha expresado que será necesario:

- “Alcanzar una mayor participación del Estado en las rentas derivadas de la explotación de los recursos naturales.
- Desplegar mecanismos y capacidades institucionales que garanticen una gestión pública eficiente de las rentas generadas por la extracción de recursos naturales.
- Mejorar la capacidad institucional y el ordenamiento jurídico para la gestión pública de los conflictos surgidos en el desarrollo de las operaciones extractivas”⁸⁰⁷.

De conformidad con todo lo anterior, se afirma que la gobernanza presenta 8 características concretas, a saber: participación; coherencia con el Estado de derecho; transparencia; capacidad de respuesta; orientación al consenso; equidad e inclusión; eficacia y eficiencia; y rendición de cuentas⁸⁰⁸. De este modo, en los siguientes apartados, se va a estudiar si el EITI incluye algunos de estos elementos, y, si en todo caso, estos pueden permitir establecer al EITI también como un marco de fomento de los derechos humanos. Asimismo, se estudiará si el principio de seguridad jurídica tiene cabida en el EITI, en virtud del derecho de acceso de información, así como de

⁸⁰³ Altomonte, Hugo y Sánchez, Ricardo J., *Hacia una nueva gobernanza de los recursos naturales en América Latina y el Caribe, Libros de la CEPAL*, núm. 139 (LC/G.2679-P), CEPAL, 2016, p. 16.

⁸⁰⁴ *Idem*.

⁸⁰⁵ *Vide supra*, Capítulo 3.

⁸⁰⁶ Yap Kioe Sheng, *...op. cit.*, p. 1.

⁸⁰⁷ Altomonte Hugo y J. Sánchez, Ricardo, *...op. cit.*, pp. 17-18.

⁸⁰⁸ Yap Kioe Sheng, *What is Good Governance?...op. cit.*,

los elementos propios del EITI, como son el proceso de Validación o las Políticas de Protección de Datos Abiertos.

2. El derecho de participación de la sociedad civil en los países del EITI

Como se ha visto, el principio de participación, abierto y plural, ha formado parte del impulso del EITI desde sus orígenes, y acompaña la composición y funcionamiento de sus órganos principales. Este principio general, trasciende los aspectos formales externos de impulso de la propia asociación y desarrollo del esquema en el plano transnacional (lo que sería el *primer nivel* sobre el que actúa la idea de la “participación” plural) al trasladarse al funcionamiento del EITI en el plano nacional. Es decir, en el momento en que un Estado, a través de su gobierno, decide adherirse al EITI como “país implementador”, y someter las actividades del sector del gas y del petróleo que se encuentran en su jurisdicción, a los requisitos establecidos en el Estándar. Es este *segundo nivel* de participación el que arroja más luz sobre el funcionamiento del EITI y su posible eficacia, tanto con respecto a su objetivo directo de aumentar la transparencia de las actividades económicas bajo su lupa; como con respecto a otros efectos indirectos favorecedores de los derechos humanos en los espacios en los que se implanta.

Con seguridad, es en ese plano de la gobernanza nacional donde encontraremos más indicios del valor último de la iniciativa. Aunque de los aspectos formales o externos ya resulta posible percibir mejoras en derechos fundamentales como la libertad de asociación o de participación en asuntos públicos de los ciudadanos, lo cierto es que todavía es difícilmente medible en términos cuantitativos. Es necesario, así, desarrollar instrumentos más precisos de evaluación a partir de índices directos ya existentes en el plano internacional, y de otros que debiera elaborar el propio EITI, para poder afirmar con rotundidad que el EITI, u otros instrumentos semejantes, pueden contribuir fehacientemente, en el plano interno, sobre la capacidad institucional y el ordenamiento jurídico con el fin de mejorar la gestión pública de las operaciones extractivas⁸⁰⁹.

⁸⁰⁹ Véase, por ejemplo: Altomonte, Hugo y Sánchez, Ricardo J., *Hacia una nueva gobernanza de los recursos naturales en América Latina y el Caribe*, Libros de la CEPAL, núm. 139 (LC/G.2679-P), CEPAL, 2016, pp. 17-18.

2.1 Relaciones entre el derecho a la información, el derecho a la participación pública y la libertad de asociación

El derecho al acceso a la información y a la participación en la toma de decisiones públicas forman parte esencial del apoderamiento de los ciudadanos para orientar las decisiones que afectan a su vida. Esta idea ha formado parte de los debates medioambientales desde antiguo, y en el EITI, podría decirse que este enfoque habría ido ganando espacio indirectamente: al reforzar, dentro de los Estados, el derecho a la participación de la ciudadanía, más allá de su mera representación gubernamental, a través de la integración de otros actores sociales en los procesos, así como órganos que rigen y vigilan en el plano nacional el suministro y el acceso a la información esencial en cuestiones relativas a la exploración y la explotación del gas y del petróleo.

En general, el derecho fundamental a la participación en la dirección de los asuntos públicos está recogido en el art. 21.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH-1948); y su cristalización como derecho fundamental con un contenido exigible para los Estados ratificantes figura en el art. 25 del PIDCP. Como es sabido, va más allá de la cuestión del derecho al voto activo y pasivo (línea b) y se extiende genéricamente a la “participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes elegidos”. Así, también la Observación General 25 del Comité de Derechos Humanos establece que⁸¹⁰:

“La dirección de los asuntos públicos, mencionada en el párrafo a), *es un concepto amplio que se refiere al ejercicio del poder político. Incluye el ejercicio de los poderes legislativo, ejecutivo y administrativo. Abarca todos los aspectos de la administración pública y la formulación y aplicación de políticas internacionales, nacionales, regionales y locales. La asignación de facultades y los medios por los cuales cada ciudadano ejerce el derecho a participar en la gestión de los asuntos públicos, protegido por el artículo 25, se determinarán por la constitución o por otras leyes*”⁸¹¹.

⁸¹⁰ Observación General número 25. *Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto*, 57º período de sesiones, Doc. ONU, HRI/GEN/1/Rev.7 at 194, 1996.

⁸¹¹ *Ídem*, párrafo 5.

Además, esta Observación General señala que “los ciudadanos participan directamente en la dirección de los asuntos públicos al ejercer sus facultades como miembros de órganos legislativos u ocupando cargos ejecutivos⁸¹²”, así como también “ejerciendo influencia mediante el debate y el diálogo público con sus representantes y gracias a su capacidad para organizarse⁸¹³”. Esto implica la disposición de modos de participación pública no basados solamente en procesos electorales, que permitan al ciudadano directa o indirectamente participar.

Así, esta participación se respalda garantizando la libertad de expresión, reunión y asociación. Es decir, aunque se hable menos de ello, la participación general en la dirección de los asuntos públicos guarda también relación con la libertad de asociación, expresada en el art. 10 DUDH, en el art. 22 PIDCP y en el art. 8 PIDESC, con sus consiguientes protecciones específicas en los ámbitos regionales de protección de los derechos humanos⁸¹⁴. Esto fue reconocido por la citada Observación General 25 del Comité de Derechos Humanos cuando tras enunciar el alcance amplio del derecho a la participación pública recordaba, sucintamente, pero con firmeza, que “esta participación se respalda garantizando la libertad de expresión, reunión y asociación”⁸¹⁵. Afirmación que queda reforzada cuando añade que “el derecho a la libertad de asociación, en particular el derecho a fundar organizaciones y asociaciones interesadas en cuestiones políticas y públicas, y a adherirse a ellas, es un complemento esencial de los derechos amparados por el artículo 25”⁸¹⁶.

De este modo, una participación directa singular en cualquier mecanismo de participación pública general es impracticable. Así que, en la medida en que se persiga la acumulación de formas de participación plural, con sus lógicas más o menos democráticas, se debe pivotar sobre la existencia y reforzamiento de una sociedad civil articulada gracias al respeto de la libertad de asociación.

⁸¹² *Ídem*, párrafo 6.

⁸¹³ *Ídem*, párrafo 8.

⁸¹⁴ *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos*, de 27 de julio de 1981 (Carta de Banjul, art.10), *Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, de 17 de noviembre de 1988 (Protocolo de San Salvador, art. 8), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, 7 de junio de 2016, (art. 12).

⁸¹⁵ Doc. ONU, *HRI/GEN/1/Rev.7*,..., *op.cit.*, párrafo 8.

⁸¹⁶ *Ibidem* párrafo 26.

Por otro lado, en el plano universal del desarrollo sostenible, el Principio 10 de la *Declaración de Río de las Naciones Unidas*⁸¹⁷, describió los tres pilares de lo que, en este ámbito, debe ser considerado como “Derecho a la participación”:

“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.”

Asimismo, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el desarrollo sostenible, Río+20, adoptó una declaración titulada *El Futuro que Queremos*⁸¹⁸, la cual reafirmó la misma idea:

“Hacemos hincapié en que una amplia participación pública y acceso a información y procedimientos judiciales y administrativos son esenciales para la promoción del desarrollo sostenible. [...]. En este sentido, acordamos trabajar más estrechamente con los Grupos Principales y otros actores y alentar su participación activa, según proceda, en los procesos que contribuyen a la toma de decisiones, la planificación y la aplicación de políticas y programas para el desarrollo sostenible en todos niveles”.

También, la Convención de Aarhus sobre el Acceso a la Información (1998), la Participación Pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de

⁸¹⁷ La Agenda 21, la declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (la “Cumbre para la Tierra”), celebrada en 1992, que reunió a 172 gobiernos, reconoció que uno de los requisitos previos fundamentales para el logro del desarrollo sostenible es una amplia participación pública en la toma de decisiones. Disponible en: <https://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm>. Recuperado en diciembre de 2021.

⁸¹⁸ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el desarrollo sostenible, Río+20, *El Futuro que Queremos*, Doc. ONU, A/CONF.216/L.1, de 19 de junio de 2012. Esta Conferencia convocó a 192 gobiernos y ayudó a sentar las bases para los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

medio ambiente⁸¹⁹, ratificada en 1998 por 40 países, reconoció la importancia de la participación pública en la gobernanza ambiental, y estableció los derechos del público a participar en la gobernanza nacional (*Convenio Aarhus de 1998*). Y no es por casualidad que el contenido de este tratado se estructure en torno a las siguientes cuestiones: el reforzamiento del derecho a la información, tanto en su vertiente activa como pasiva (arts. 4 y 5); renglón seguido por el derecho a la “participación del público en la toma de decisiones” en las materias ambientales (arts. 6 a 8); inclusive la participación en la elaboración de planes o programas relativos al medio ambiente, y de reglamentos (arts. 6 a 8); a lo que se añade el corolario lógico de toda la idea: el reforzamiento del derecho al acceso a la justicia frente a la violación del derecho a la información (art. 9.1); del derecho a la participación (art. 9.2), o del derecho al medio ambiente (art. 9.3) por parte de la administración o de particulares. No es de extrañar, así, que este tratado regional europeo fuera presentado en el Foro de Gobernanza de Internet (12-15 de mayo de 2007), como un modelo para la transparencia y la participación pública extensible a otros ámbitos distintos a los ambientales. Aunque no se cite en los documentos del EITI, parece más que evidente la influencia de este tratado internacional en el propio enfoque del EITI, tanto en relación con los aspectos relativos a la participación social en el esquema, como los relativos al reforzamiento del derecho a la información, como luego se verá.

Finalmente, cabe destacar que en el seno de la OCDE se ha considerado también la participación pública, como “la interacción, ya sea de carácter formal o informal, entre el gobierno y los ciudadanos (por ejemplo, las organizaciones de la sociedad civil, la academia y el sector privado) a iniciativa de cualquiera de los dos como un mecanismo óptimo que asegure una “toma de decisiones bien informada”, y que también evite “la captación de políticas”⁸²⁰.

Por lo tanto, como es sabido, el EITI persigue *mejorar el conocimiento de todos los interesados sobre la información que genera esa actividad, la cual se encuentra en disposición de las autoridades públicas*, en los términos fijados por el Estándar. Así, se entiende que, como tal, podría mejorar la participación pública en

⁸¹⁹ BOE publicación del tratado y fecha de entrada en vigor España. *Instrumento de Ratificación del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente*, hecho en Aarhus (Dinamarca), el 25 de junio de 1998. BOE núm. 40, de 16 de febrero de 2005, páginas 5535 a 5547.

⁸²⁰ Véase, OCDE, *Gobierno abierto. Contexto mundial y el camino a seguir. Aspectos clave*, 2016.

determinadas cuestiones relacionadas con la exploración y explotación del gas y del petróleo. Es decir, de conformidad con lo anterior, y a modo de avance, el enfoque que se plantea es que el EITI estaría fomentando el derecho de acceso a la información, y, por lo tanto, ayudando así a promover el pensamiento crítico, la reflexión y la generación de opinión. Un derecho que, entonces se entendería como instrumental del derecho a la participación y control de las actividades públicas que exige el propio art. 25 PIDCP. Llegados a este punto, la pregunta que surge es si la información requerida por el EITI será suficiente para garantizar realmente esta participación pública y control (jurisdiccional o de otro tipo) de las actividades del sector⁸²¹, y si en todo caso, como se examinará, la información realmente está disponible o puede ser utilizada por las partes interesadas de forma eficiente.

Dicho lo anterior, dos aspectos deben tenerse en cuenta en relación con el derecho de participación en el contexto del EITI. En primer lugar, como ya se ha analizado, el asegurar la participación directa de todas las partes interesadas ha sido crucial en el proceso de creación y desarrollo de la propia iniciativa⁸²². En segundo lugar, se trata de un estándar global aplicable a nivel nacional, por ello, la creación de los grupos multipartícipes es fundamental. De este modo, el éxito de la implementación y seguimiento del EITI va a depender del asegurar la creación de espacios y mecanismos de participación a los cuales todos los ciudadanos puedan concurrir libremente, sin restricciones burocráticas ni discriminación⁸²³. Como se observará, a pesar de que diversas declaraciones internacionales reconocen la importancia de la participación de los ciudadanos y de la sociedad civil en la formulación de las políticas, en las últimas décadas se ha manifestado una disminución del espacio cívico en todo el

⁸²¹ En los siguientes apartados, se ahondará más sobre nuestro enfoque sobre la relación entre el EITI y el derecho de acceso a la información.

⁸²² *Vide supra*, 1. Origen, constitución y estructura orgánica.

⁸²³ Para más información sobre el derecho a la participación política en el derecho internacional y el Convenio Aarhus, véase entre otros: Lee, Maria y Abbot, Carolyn, "The Usual Suspects? Public Participation under the Aarhus Convention" en *The Modern Law Review*, Vol. 66, No. 1, 2003, pp. 80-108; Ziehm, Cornelia "Legal Standing for NGOs in Environmental Matters under the Aarhus Convention and under Community and National Law" en *Journal for European Environmental and Planning Law*, 2(4), 2005, pp. :287-300; Ryall, Aine, "The Aarhus Convention: Standards for Access to Justice in Environmental Matters" en S. Turner, D. Shelton, J. Razzaque, O. McIntyre, & J. May (Eds.), *Environmental Rights: The Development of Standards*, Cambridge University Press, 2019, pp. 116-146; Bocalandro, Laura , Fox, Gregory H., Leary, Virginia A. , Engle, Karen y Grossman, Claudio, "The Right to Political Participation in International Law" en *Proceedings of the Annual Meeting, American Society of International Law*, Vol. 86, 1992), pp. 249-261; Homewood, Stephen, "The impact of the Aarhus Convention on ethical management decision making" en *Int. J. Management and Decision Making*, Vol. 6, Nos. 3/4, 2005, pp. 382-392; Etemire, Uzuazo, "A fresh perspective on the human right to political participation and environmental decision-making in Nigeria" en *African Journal of International and Comparative Law*, 26.4, 2018, pp. 565-584; Duvic-Paoli, Leslie-Anne, "The Status of the Right to Public Participation in International Environmental Law: An Analysis of the Jurisprudence" en *Yearbook of International Environmental Law*, Vol. 23, No. 1, 2012, pp. 80-105.

mundo⁸²⁴. De este modo, la existencia dentro de los países implementadores de políticas y prácticas que limiten la capacidad financiera de las organizaciones de la sociedad civil del país para recibir financiación internacional⁸²⁵; o que restrinjan en general la libertad de asociación, reunión o participación⁸²⁶; o de medidas que tiendan a criminalizar o deslegitimar sin fundamento a los defensores y defensoras de los derechos humanos⁸²⁷, limitarán en la práctica el valor del esquema EITI para satisfacer sus objetivos, o de cualquier otro sistema de intencionalidad análoga.

Con el propósito de analizar el estado de la cuestión, a continuación, nos centramos en estudiar la configuración de los grupos multipartícipes, qué funciones desempeñan en ese marco de aplicación y seguimiento del EITI, así como su nivel de protección para asegurar su participación en la implementación del estándar.

2.2 La participación nacional de la sociedad civil en el EITI

Como se expresado anteriormente, para ser un país implementador se debe superar el proceso de aceptación, el cual se resuelve en el Consejo del EITI (Artículos 5.2.i).a). Debe así, cualquier candidato, presentar una “solicitud” de admisión y cumplir una serie de requisitos. El Capítulo I del Estándar EITI (2019), Sección II, rotulada *Cómo convertirse en un país implementador*, describe ese proceso de “conversión”; y la subsiguiente Sección III determina los “Requisitos” que debe cumplir el país para alcanzar la condición de “país implementador”⁸²⁸. Los aspectos más importantes de la participación nacional de la Sociedad civil se recogen en la Sección VI, titulada; *Protocolo: participación de la sociedad civil*, en el que se detalla el qué, el cómo, y

⁸²⁴ El informe de Monitor CIVICUS de 2019 titulado “People Power Under Attack, 2019”, afirmaba que las libertades fundamentales de asociación, reunión pacífica y expresión estaban retrocediendo en todo el mundo. En particular, se afirmó que en el lapso de un año se había doblado el número de personas que vivía en países donde se violan estas libertades cívicas (40% en 2019 frente a un 19% en 2018). Véase el citado informe en <https://monitor.civicus.org/PeoplePowerUnderAttack2019/>. Recuperado en diciembre de 2021. Así, en 2021, el nuevo informe, titulado “El poder ciudadano bajo ataque, 2021”, ha alegado que en la actualidad ese número de personas que viven en países con restricciones significativas a los derechos cívicos, incluidas las libertades de expresión, asociación y reunión pacífica, ha ascendido a casi el 89% de la población. Informe disponible en: <https://findings2021.monitor.civicus.org/rating-changes.html#resumen-global>. Recuperado en diciembre de 2021.

⁸²⁵ Como por ejemplo la famosa causa de “financiación extranjera” de Egipto (conocida también como Causa 173), por la que se investigó a una ONG de derechos humanos independientes y se actuó contra ella por haber recibido financiación extranjera sin haberse registrado según las condiciones impuestas por la represiva Ley 84. Véase: Amnistía Internacional: Egipto: Las absoluciones en la causa de “financiación extranjera” de ONG deben finalizar la represión al colectivo. Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/egipto-las-absoluciones-en-la-causa-de-financiacion-extranjera-de-ong-deben-finalizar-la-represio/>. Recuperado en diciembre de 2021.

⁸²⁶ Véase por ejemplo: Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, Doc. ONU, A/HRC/26/29, 14 de abril de 2014.

⁸²⁷ Véase por ejemplo: CIDH, Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II, 2015 o la Declaración de Fin de Misión de Michel Forst, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los Defensores y Defensoras de Derechos Humanos. Disponible en la web de la Oficina del Alto Comisionado: <https://www.ohchr.org/sp/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25507&LangID=S>. Recuperado en diciembre de 2021.

⁸²⁸ *Vide supra*, 1. Origen, constitución y estructura orgánica.

los por qué. Estas disposiciones fijan el núcleo de la legitimidad última de todo el esquema en sus aspectos participativos.

2.2.1 La participación de la sociedad civil, las partes interesadas, las ONG y otros entes sin ánimos de lucro

De acuerdo con lo expuesto con anterioridad, el EITI hace hincapié en qué “garantizar la participación libre y activa de la sociedad civil en la gobernanza de las industrias extractivas es parte fundamental del proceso EITI, ya que desempeña un papel crucial a la hora de investigar datos, impulsar reformas y exigir responsabilidades a gobiernos y empresas⁸²⁹”. En otras palabras, la participación de la sociedad civil en dicho proceso es clave para garantizar que la transparencia creada por el EITI conduzca a una mayor rendición de cuentas, y sobre todo para construir consensos que engloben los diferentes intereses de las partes interesadas. En particular, de la lectura del Estándar EITI, y de su Protocolo, se desprende que el éxito del EITI no sólo depende de la participación del gobierno y de las empresas, (los cuales tienen plena capacidad y autonomía para empujar el proceso de conversión de un Estado en implementador, y por consiguiente, de definir las políticas de transparencia informativa), sino que, como sucede con el *Convenio de Aarhus (1998)*, cuando se trata de impulsar la “participación de los sociedad civil” (art. 3.4 y 3.5 de la Convención Aarhus), como modo de ejercicio de ese derecho específico de participación en el gobierno de los asuntos públicos, para que estos tengan plena consideración hacia todas las cuestiones relacionadas con una política concreta, lo significativo es dotar de diferentes formas de implicación a “asociaciones, organizaciones o grupos constituidos por estas personas” (refiriéndose como persona jurídica a un conjunto abigarrado de entes asociativos sin ánimo de lucro: desde las ONG medioambientales hasta los sindicatos, o formas específicas de representación de grupos indígenas, especialmente afectados por las actividades o que trabajan en favor de los derechos humanos o ambientales implicados en el sector del gas y del petróleo). Esto, se deduce en el EITI de la interpretación conjunta del *Principio 12* del

⁸²⁹ EITI, Dificil pero crucial – Evaluando el espacio cívico en las industrias extractivas. Disponible en: <https://eiti.org/es/blog/dificil-pero-crucial-evaluando-el-espacio-civico-en-las-industrias-extractivas>. Recuperado en enero de 2021.

Estándar y del *Protocolo de participación de la sociedad civil*, Sección 6, Cap. I (en adelante el Protocolo):

- *Principio 12*: “...todas las partes interesadas tienen contribuciones importantes y pertinentes que hacer en la búsqueda de soluciones; dichos interesados incluyen... las organizaciones no gubernamentales”...(Principio 12).
- *El Protocolo*: “La participación de la sociedad civil es fundamental para alcanzar los objetivos del EITI incluido el Principio 4, el cual indica que “la comprensión por parte del público acerca de los ingresos y gastos públicos con el tiempo podría contribuir al debate público y a fundamentar la elección de las soluciones adecuadas y realistas disponibles para lograr el desarrollo sostenible.”

En el EITI esa participación libre y significativa, como se verá, se proyecta sobre diversos procesos diferenciables, si se atiende a lo que indica el propio mecanismo y se dota al conjunto de categorías conceptuales generales.

De este modo, como ya se ha expresado, es en la Sección 2 del Capítulo I del Estándar, que ofrece el cuadro sinóptico de “cómo convertirse en un país implementador”, donde queda plasmado el requisito de la participación pública como exigencia previa a la presentación de su candidatura.

En síntesis, debe recordarse que el EITI requiere:

- *Un compromiso debidamente exteriorizado por el gobierno (Declaración)* de que quiere participar (Requisito 1.1).
- *Asegurar la participación* significativa, libre y sin obstáculos de las empresas que operan en su territorio (Requisito 1.2).
- *Asegurar la participación significativa, libre y sin obstáculos de la Sociedad civil en todos los procesos EITI* (Requisito 1.3).
- *La creación de un grupo multipartícipe de supervisión de la aplicación del EITI* (Requisito 1.4). *La adopción de un Plan de trabajo* (Requisito 1.5) que asegure la publicación de *Informe* y la *Validación*⁸³⁰.

⁸³⁰ Vide supra, 1. Origen, constitución y estructura orgánica.

Así, en primer lugar, el proceso de postulación y adquisición de la categoría de Estado implementador respondería correctamente a la idea normativa subyacente en el art. 6.2 del Convenio Aarhus; al exigir el EITI que los Estados desarrollen este tipo de participación dentro de este sector y con unos parámetros de idoneidad propios:

“6.2. Cada Parte adoptará medidas para que la participación del público comience al inicio del procedimiento, es decir, cuando todas las opciones y soluciones son aún posibles y cuando el público pueda ejercer una influencia real.

En segundo lugar, cabe decir que el conjunto del contenido del Requisito 1.4 parece indicar que la participación de la sociedad civil debería verificarse no sólo desde el inicio de la manifestación de que el Estado quiere ser un “país implementador”, sino que también debería certificarse su *permanencia* en el funcionamiento nacional de supervisión del cumplimiento del esquema a través del “grupo multipartícipe”. En otras palabras, dado que se menciona que el grupo multipartícipe debe adoptar un Plan de trabajo que asegure la publicación del Informe y su Validación, y que la participación de la sociedad civil se extiende al “proceso EITI”, se entiende que necesariamente esta participación debería abarcar todos los procesos que conduzcan a cada uno de los hitos establecidos por la Iniciativa. Teniendo en cuenta lo anterior, y tomando en consideración el citado Requisito, se considera que podría dividirse y reordenarse todo ello en diferentes fases funcionalmente diferenciadas de participación:

i) El compromiso por parte del gobierno de crear un grupo multipartícipe el cual esté formado no sólo por el gobierno, sino también por las empresas y la sociedad civil, para supervisar la implementación del EITI. En este sentido, se añade que los miembros del grupo multipartícipe deberían tener suficiente capacidad para realizar sus tareas. Si bien, no se detallan en el Estándar.

ii) En este proceso de transformación en país implementador, el Estado debe también, entre otros requisitos, diseñar “planes de trabajo y de supervisión de la implementación” del EITI, en los que muestre esa participación de la sociedad civil en su propio diseño. Así, esta actividad sería análoga a la que la Convención de Aarhus describe en su art. 7 de “participación del público en los planes, programas...” y que

exige que los estados adopten disposiciones prácticas para asegurar que el público “participe en la elaboración de los planes y programas relativos al medio ambiente...”.

iii) Por otro lado, el proceso de creación y validación de Informes, es decir, en la fase de generación de los datos que deben proporcionar los Estados implementadores (y las empresas). De este modo, el paralelismo aquí se podría producir con respecto a la obligación creada en el art. 8 la Convención Aarhus:

“Cada Parte se esforzará por promover una participación efectiva del público en una fase apropiada, y cuando las opciones están aún abiertas, durante la fase de elaboración por autoridades públicas de disposiciones reglamentarias o de otras normas jurídicamente obligatorias de aplicación general que puedan tener un efecto importante...”

Si bien, simplemente, se cambiaría la función nomogenética sobre la que se proyecta esta disposición, por la propia del EITI, la de “infogenética”, es decir, la emisión del informe de *Validación* con el que en el EITI satisface el compromiso de información pública.

Por otro lado, cuando en el EITI habla de la participación civil en el proceso de creación de los Informes EITI (la base para el proceso de Validación), es decir, de compilación de indicios, datos, etc., la actividad cívica podría ser categorizable como una de participación en “decisiones relativas a actividades particulares”, reguladas en el art. 6.4 de la Convención, puesto que no dejan de ser actividades de producción, categorización y gestión de datos relativos a las actividades de explotación y exploración del gas y del petróleo:

“Cada Parte exigirá a las autoridades públicas competentes que obren de forma que el *público interesado pueda consultar cuando lo pida y cuando el derecho interno lo exija, de forma gratuita, en cuanto estén disponibles, todas las informaciones que ofrezcan interés para la toma de decisiones a que se refiere el presente artículo* que puedan obtenerse en el momento del procedimiento de participación del público, sin perjuicio del derecho de las Partes a negarse a divulgar determinadas informaciones con arreglo a los apartados 3 y 4 del artículo 4”.

Así, los grupos deberán tener acceso a toda la información necesaria para poder supervisar el proceso de elaboración de informes EITI y participar en el proceso de Validación.

iv) Finalmente, se señalaría la participación de la sociedad civil dentro de los mecanismos de seguimiento, supervisión y queja articulados por el propio EITI, tanto en su seno como a través de iniciativas específicas que emerjan del interior de los países implementadores. Aquí, *mutatis mutandis*, el EITI exige la supervisión y evaluación del proceso EITI por parte de la sociedad civil, por lo que debería disponer de mecanismos adecuados. Así, por ejemplo, el art. 9 del Convenio Aarhus, que recoge una obligación del Estado para velar que cualquier persona interesada pueda presentar recursos judiciales cuando se haya rechazado abusivamente su derecho a la información. Con la diferencia, obviamente, que al excluir el EITI la creación propiamente de obligaciones jurídicas *per se*, los mecanismos de vigilancia de la sociedad civil previstos en el esquema no puedan ser de carácter jurisdiccional en esta materia.

No obstante, dicho lo anterior, la “verificación” de la concurrencia de las características suficientes y óptimas de esa participación cívica, no se realiza de la misma forma. Según el párrafo 2 del *Protocolo*:

“La participación de la sociedad civil en el proceso EITI se evalúa formalmente en dos etapas de la implementación del EITI: durante la evaluación de la candidatura y durante el proceso de validación.”

Es decir, más allá de estas dos fases o procedimiento reglados de funcionamiento del EITI, el de “evaluación de la candidatura” y el de “validación”, no hay una supervisión continua del EITI respecto el correcto cumplimiento de la participación social. Esto no significa que los criterios de calidad no deban concurrir siempre, por supuesto, sino que el EITI como tal, fuera de esos procesos, sólo analizaría su cumplimiento de modo *ad hoc* a demanda:

”Una evaluación de la participación de la sociedad civil también puede llevarse a cabo de forma *ad hoc* en respuesta a inquietudes específicas elevadas al Consejo sobre la situación en países implementadores particulares.”

Ahora lo relevante es conocer cómo determina el EITI que la participación de la sociedad civil, bien en las fases de adhesión y de validación, bien a demanda, es *significativa, libre y sin obstáculos* como categoriza que debe ser el Requisito 1.3.

2.2.2 Factores para determinar la calidad de la participación de la sociedad civil

Qué entiende, así, el EITI como una participación de la sociedad civil “significativa”, en “libertad” y con ausencia o remoción de obstáculos, es lo determinante en todo este proceso; ¿cómo se certifica el grado de validez o umbral en el que se ha logrado, en cualquiera de los procesos de participación de la sociedad civil en el EITI, esa participación significativa, libre y sin obstáculos, que dota de legitimidad al EITI? Esta, es, una cuestión “fundamental para alcanzar los objetivos del EITI”, como se indica en el *Protocolo de participación*; y sobre ella descansa también la legitimidad *social* del mecanismo, no sólo en el plano interno, sino más general. Este *Protocolo* adjetiva incluso algo más las cualidades de la participación, y añade en su párrafo 1 que debe ser “activa”.

Del Protocolo, y de su funcionamiento en la práctica, es posible afirmar que la aproximación a esa cualificación de la participación es “flexible” en cuanto a los métodos a emplear para verificar su concurrencia, algo coherente con el pragmatismo del mecanismo:

“las pruebas que utiliza el Consejo del EITI para evaluar ... varía en relación con las circunstancias del país, la etapa de implementación y la disponibilidad de la información.”

Esto muestra que más que un método rígido de verificación, el Protocolo articula unas pautas de preguntas, cuyas respuestas y evidencias que deben presentar los Estados para su verificación, son aproximativas. Nunca taxativas ni un *numerus clausus*, ni en las preguntas, ni en la tipología de evidencias a aportar. No hay un “*one fits all*” en estos procesos de verificación de la calidad de la participación de la sociedad civil. Analicemos a continuación esas pautas de verificación.

2.2.2.1 Libre

La verificación del carácter “libre” de la participación de la sociedad civil se determina en esencial mediante la prueba de la ausencia de coacciones, represiones o represalias, en la “participación en debates públicos relacionados con el proceso EITI”, que implica, por ello, una libertad plena para “expresar opiniones”. Este es el eje del parámetro de verificación 2.1 del Protocolo⁸³¹. Aunque el Protocolo no diga nada, esas presiones o coacciones podrían proceder de las instituciones públicas, pero también de las empresas, y no se debe tampoco descartar que ambos actores, de forma separada o concertada, puedan articular otros mecanismos de coacción, represión o represalia “sociales” o “comunitarias” contra la acción de la sociedad civil organizada. La “autocensura” de la sociedad civil es, así, también suficiente para determinar la ausencia de libertad de expresión plena.

2.2.2.2 Ausencia de obstáculos

Este aditamento de la participación de la sociedad civil se dota de sustantividad en la disposición 2.2. del Protocolo, el cual reza literalmente que “los representantes de la sociedad civil pueden operar libremente en relación con el proceso EITI. Por lo tanto, se trata de verificar que no hay obstáculos legales, administrativos, o reguladores que inciden negativamente en la capacidad de participación pública en el proceso EITI. El Protocolo habla expresamente de restricciones o limitaciones para la inscripción de asociaciones interesadas; otras relativas a la propia financiación de sus actividades; y también cabrían, *inter alia*, restricciones que se dirigieran a impedir desplazamientos o reuniones de la sociedad civil, o a la comunicación de sus actividades. Así, este factor apunta no sólo a la existencia de obstáculos a la libertad de expresión, sino también de impedimentos a la libertad de asociación y de movimientos, y también al derecho a la información. Asimismo, se extendería a obstáculos que puedan existir a la interoperabilidad entre distintas asociaciones civiles, tanto dentro como fuera del “grupo multipartícipe”, lo que implicaría que el EITI no pretende crear burbujas ficticias de ejercicio del derecho a la libertad de expresión, información, movimientos o asociación (disposición 2.3).

⁸³¹ Literalmente, este art. determina que los “representantes de la sociedad civil pueden participar en debates públicos relacionados con el proceso EITI y expresar opiniones sobre el proceso EITI sin restricción, coacción o represalia”. EITI, *Estándar 2019*, p. 47.

2.2.2.3 Significativa y activa

El testeado de las condiciones en las que se verifica la existencia de una participación de la sociedad civil correcta, en las distintas fases o procedimientos de control, también concreta de forma razonable cómo asegurar el cumplimiento de estos dos adjetivos calificativos (significativo y activo). En particular, en los apartados 2.4 y 2.5 del *Protocolo*, se determina que se debe asegurar que:

- Los representantes de la sociedad civil puedan participar completa, activa y efectivamente *en el diseño, implementación, supervisión y evaluación del proceso EITI*. Para ello, se determina que los representantes de la sociedad civil han de contribuir plenamente y brindar su opinión en el proceso. Una participación que se verifica con múltiples indicios: actas de reuniones del grupo multipartípite, en la que consten los comentarios u opiniones de los miembros del grupo sobre cuestiones como los objetivos y las actividades del plan de trabajo, el alcance del proceso, etc. Pero también se podrá considerar la participación de representantes de la sociedad civil externos al mismo (integración de grupos de trabajo que puedan nutrir los procesos del EITI). Asimismo, desde un punto de vista de la significatividad, debe confirmarse en qué medida se han “tenido en cuenta” en las decisiones adoptadas. En este sentido, y aunque no se exponga de manera concreta, se entiende que la participación sólo podrá ser significativa si los participantes de la sociedad civil han sido capacitados, o están capacitados, para comprender los datos técnicos (financieros, etc.) que se presentan a tenor de los Requisitos del EITI.
- La significatividad también tendría un elemento de “materialidad” en la medida en que el trabajo, ideas, etc. de la sociedad civil organizada debe poder guiar, no sólo los procesos EITI, sino el propio debate público. Así, la sección 2.5 habla de que algunas formas de manifestación de esta significatividad *externa* de la participación podrían ser la organización libre de “eventos públicos, talleres, conferencias”, así como la participación en debates y actividades sobre la gobernanza de los recursos naturales (explicación sobre el uso de datos del EITI, difusión de los estudios y los resultados en los medios de comunicación, etc.).

Así, visto en su conjunto, las reglas y tipos de evidencias que determinan el alcance de la participación de la sociedad civil libre, significativa, activa y sin obstáculos materiales, es en su descripción técnico-normativa, sobradamente precisa, clara y flexible. Quizá, comparando el esquema con las indicaciones que emergen para obtener efectos parecidos en la Convención Aarhus, sólo cabría poner un pero, que parte, en realidad, de la superioridad de la amplitud y precisión de las descripciones y exigencias en el EITI con respecto a la Convención. El “pero” es que en la descripción normativa (que no necesariamente en la práctica variará mucho de país en país, y puede estar colmando el déficit sobradamente) no se mencionan las cuestiones temporales relativas a la participación. Nos referimos, en concreto, a la acotación que emerge del art. 6.3 de la Convención en el que se indica que:

“Para las diferentes fases del procedimiento de participación del público se preverán plazos razonables que dejen tiempo suficiente para informar al público de conformidad con el párrafo 2 supra y para que el público se prepare y participe efectivamente en los trabajos a lo largo de todo el proceso de toma de decisiones en materia ambiental.”

Asimismo, el mecanismo EITI resulta más abierto a la participación pública que las exigencias de participación pública que se derivan de la Convención. Al margen de cómo se constituye el “grupo multipartípite”, de lo que luego se habla, el EITI deja completamente abierta la participación en los procesos EITI a cualquier asociación civil que quiera participar, bastando para ello que exprese su interés y motivación para hacerlo. Si bien, parece que el “grupo multipartípite” no deja de ser un órgano en el que el Estado acaba decidiendo quién queda dentro y quién fuera de la sociedad civil, por lo que, esto es lo mismo que sucede, con carácter general en la Convención Aarhus con respecto a la participación del público en los planes, programas relativos al medio ambiente. Según su art. 7:

“El público susceptible de participar será designado por la autoridad pública competente, teniendo en cuenta los objetivos de la presente Convención. Siempre que convenga, cada Parte se esforzará por dar al público la posibilidad de participar en la elaboración de las políticas relativas al medio ambiente.”

2.2.3 El espacio cívico en los países implementadores del EITI

Todo lo anterior, no ha hecho más que evidenciar cómo el EITI ha ido ganando conciencia sobre la necesidad de asegurar que la sociedad civil pueda organizarse de forma libre sin interferencias gubernamentales, así como hablar libremente, y tener acceso a toda la información necesaria con el fin de lograr su objetivo de rendir cuentas y crear un espacio de debate público. Así, de conformidad con el citado Protocolo, en los últimos años han existido casos en los que el EITI ha rechazado solicitudes de adhesión. Por ejemplo, el caso de Guinea Ecuatorial, que ha intentado unirse dos veces al EITI (2010 y 2014), muestra que el EITI efectivamente rechazó sus solicitudes debido a que consideró que existían en el país medidas represivas injustificadas contra activistas de la sociedad civil⁸³². No obstante, la realidad todavía difiere un poco de esta utopía, y si se ahonda más sobre esta cuestión se observan unos resultados no demasiado halagüeños.

Para mostrar este contexto, se han tenido en cuenta indicadores globales que hacen un seguimiento de la sociedad civil en todo el mundo, como CIVICUS Monitor⁸³³. En particular, esta organización realizó un estudio sobre el espacio cívico de los países implementadores, en el que afirmó que los derechos de las personas a organizarse, a hablar o tomar medidas estaban siendo violados en un gran número de estos países⁸³⁴. En particular, si se examina en la actualidad el mapa interactivo de la organización, puede observarse un espacio cívico que continúa estando bajo amenaza en muchos de los países implementadores del EITI⁸³⁵. De acuerdo con este, los países implementadores en el momento de redactar la presente investigación se encuentran clasificados de la siguiente manera: i) 2 países con un espacio cívico cerrado; ii) 16 países con un espacio cívico oprimido; iii) 25 países con un espacio cívico obstruido; iv) 7 países con un espacio cívico reducido; y v) sólo 4 países con un espacio cívico

⁸³² Un caso ampliamente denunciado fue el de un líder de la sociedad civil y destacado activista de derechos humanos, Alfredo Okenve, que sufrió detenciones arbitrarias en 2017 y fue severamente atacado en 2018. En particular, este activista lleva años denunciado implacablemente las prácticas corruptas y las violaciones de los derechos humanos en Guinea Ecuatorial, enfatizando especialmente los problemas de transparencia relacionados con las industrias extractivas. Publish What You Pay, *Un destacado defensor de los derechos humanos seriamente amenazado de muerte en Guinea Ecuatorial*, 2019. Disponible en: <https://www.pwyp.org/es/pwyp-news/destacado-defensor-derechos-humanos-seriamente-amenazado-en-guinea-ecuatorial/>; Recuperado en enero 2022.

⁸³³ Monitor CIVICUS, una herramienta en línea para rastrear y comparar las libertades cívicas a escala mundial muestra el estado del espacio para la sociedad civil alrededor del globo. Véase también; Open Government Partnership, *Acciones para proteger y mejorar el espacio cívico*. Disponible en: <https://www.opengovpartnership.org/es/actions-for-a-secure-and-open-civic-space/>; Freedom House: *Countries and Regions*. Disponible en: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2021/democracy-under-siege/countries-and-regions>. Recuperado en diciembre de 2021.

⁸³⁴ Monitor Civicus, *Civic space under threat in extractive industries transparency initiative countries*, 2017.

⁸³⁵ Véase, CIVICUS Monitor, disponible en: <https://monitor.civicus.org/>. Recuperado en enero de 2022.

abierto⁸³⁶. En cambio, si se analiza la tabla 1.4 del Anexo 1, se observa que los países tienen un progreso significativo o satisfactorio del Requisito 1.3 sobre la participación de la Sociedad Civil. ¿Esta tabla refleja la realidad si se tiene en cuenta los datos que se han expuesto con anterioridad? La respuesta es negativa. Estos resultados muestran el nivel de progreso o de mejora respecto al cumplimiento del Requisito, y no que se haya alcanzado el mayor grado de participación. Muestra de ello, son las alegaciones que recaen sobre algunos de estos países sobre las vulneraciones de las libertades del espacio cívico debido a los significativos casos de detención de las personas defensoras de los derechos humanos y manifestantes, al uso de fuerza excesiva contra las protestas, a los ataques contra periodistas o la censura de los medios de comunicación. Otras violaciones comunes incluyen el acoso y la intimidación de activistas, el asesinato de periodistas y manifestantes, la imposición de restricciones legislativas y obstáculos burocráticos a las libertades fundamentales (incluidas restricciones a las ONG), obstrucción de las redes sociales y restricción de Internet, tortura, malos tratos y asesinatos selectivos de defensores de derechos humanos⁸³⁷. Según el EITI, los derechos fundamentales de los representantes con participación activa en el EITI, incluyendo, pero sin limitarse a los miembros del grupo multipartípite⁸³⁸, deben ser respetados. A los efectos de este Protocolo, las referencias a “representantes de la sociedad civil” envuelven a los representantes de la sociedad civil que *están fundamentalmente involucrados en el proceso EITI*, incluidos, entre otros, los miembros del grupo multipartípite⁸³⁹. Entonces, ¿qué quiere decir participación activa? ¿Qué debe entenderse por fundamentalmente involucrados? ¿Estarían sugiriendo los citados hechos, que el EITI no toma en consideración, por

⁸³⁶ Afganistán: oprimido; Albania: reducido; Argentina: reducido; Armenia: obstruido; Burkina Faso: Obstruido; Camerún: oprimido; República Centroafricana: cerrado; Chad: oprimido; Colombia: oprimido; Costa de Marfil: obstruido; República Democrática del Congo: cerrado; República Dominicana: reducido; Etiopía: oprimido; Alemania: abierto; Ghana: reducido; Guatemala: obstruido; Guinea: obstruido; Guayana: reducido; Honduras: oprimido; Indonesia: obstruido; Iraq: oprimido; Kazajstán: obstruido; Kirguizistán: obstruido; Liberia: obstruido; Madagascar: oprimido; Malawi: obstruido; Mali: obstruido; Mauritania: oprimido; México: oprimido; Mongolia: obstruido; Mozambique: obstruido; Myanmar: oprimido; Países Bajos: abierto; Níger: obstruido; Nigeria: oprimido; Noruega: abierto; Papua Nueva Guinea: obstruido; Perú: obstruido; Filipinas: obstruido; República del Congo: oprimido; Senegal: obstruido; Sierra Leona: obstruido; Surinam: abierto; Tayikistán: oprimido; Tanzania: oprimido; Timor Oriental: obstruido; Togo: obstruido; Trinidad y Tobago: reducido; Ucrania: obstruido; Reino Unido: reducido; Zambia: obstruido; Gabón obstruido; Uganda: oprimido; Ecuador: obstruido. No se dispone de información de las Seychelles ni tampoco de São Tomé y Príncipe.

⁸³⁷ Monitor Civicus, *Civic space under...op. cit.*

⁸³⁸ A nivel nacional, la implementación del EITI requiere la creación de un grupo de multipartícipes conformado por los representantes de las tres partes (gobierno, empresa y sociedad civil). Así, aquellos gobiernos que deseen adoptar el EITI deberán cumplir con los correspondientes requisitos de inscripción a la vez que comprometerse a trabajar con la sociedad civil y las empresas formando un grupo que supervisará su implementación. Esto significa que las partes involucradas fuera del gobierno, es decir las empresas extractivas y las organizaciones de la sociedad civil, no solamente serán consultadas, sino que estarán involucradas activamente en el diseño, la dirección y el control del proceso.

⁸³⁹ Estándar EITI 2019, p. 44.

ejemplo, a personas en defensa de los derechos ambientales o a la población indígena porque no tienen una participación activa en el proceso, pero en cambio, sí podrían ser parte interesada? Quizás, el estándar debería arrojar más luz sobre esta cuestión, y a nuestro entender, quizás establecer un concepto más amplio.

En esta línea, se plantea la duda de si cabría la posibilidad de que el EITI fuera más estricto en la propia evaluación de este Requisito 1.3 de acuerdo con los citados factores que determinan la calidad de la participación de la sociedad civil (significatividad, libertad y ausencia de obstáculos). Esto evidencia la necesidad de estudiar país por país las circunstancias particulares, y si estos se encuentran en coherencia con los resultados de progreso de la citada tabla 1.4 del Anexo 1, a través de un estudio de campo detallado, el cual podría llevarse a cabo en una futura investigación.

A pesar de todo lo anterior, cabe destacar que la protección de la participación de la sociedad civil se ha visto reforzada en la nueva versión del Estándar EITI 2019. En esta versión se ha añadido una nueva cláusula en la supervisión de la implementación del EITI por el Consejo. Así el artículo 5, relativo a la Supervisión de la implementación del EITI por el Consejo⁸⁴⁰, establece que si un país ha tenido un progreso insuficiente o inferior en alguno de los requisitos relativos a la participación de las partes interesadas (Requisitos 1.1, 1.2 y 1.3), el Consejo lo suspenderá de acuerdo con el Artículo 8. Esta suspensión no se aplicará en caso de que el país muestre un progreso significativo respecto al requisito 1.3 (sociedad civil) y muestre avances en el abordaje de las medidas correctivas establecidas por el Consejo.

Además, en línea con lo anterior, es altamente interesante el trabajo del Comité de Respuesta Rápida, creado en la 4ª Reunión del Consejo del EITI (en Acra, el 22 de febrero de 2008), para “desarrollar un marco propuesto para la respuesta rápida del EITI a cambios políticos⁸⁴¹”. Este Comité lleva a cabo el seguimiento de los acontecimientos que podrían poner en riesgo a las partes interesadas, al proceso o la marca del EITI en los países implementadores (es decir casos como golpes de Estado, acoso o amenazas a representantes de la sociedad civil⁸⁴²). En este sentido, Anthony

⁸⁴⁰ EITI, Estándar 2019, p. 34.

⁸⁴¹ Véase, EITI, Los Comités del Consejo en: <https://eiti.org/es/los-comites-del-consejo>. Recuperado en abril de 2021.

⁸⁴² Saunders, Adelia, *Las Normas de la EITI 2011: una Guía para la Sociedad Civil*, Documento Informativo, Revenue Watch Institute, 2011, p.2.

Richter, presidente del Consejo Directivo del Instituto para la Gobernanza de los Recursos Naturales, y antiguo miembro del Consejo del EITI, expresó: “Cuando el Comité de Respuesta Rápida interviene, lo hace con considerable fuerza, y las intervenciones han ayudado, si bien no para corregir los patrones generales de abuso a los derechos humanos, sí para detener el acoso en casos específicos, empleando la influencia y la autoridad de la Iniciativa⁸⁴³”. La complejidad a la que se enfrentará el Comité será saber si un caso determinado está relacionado o no con el proceso del EITI para que pueda intervenir.

Tal y como se adelantó, esta investigación va a examinar de manera más detenida el proceso de implementación de Nigeria y Colombia. Por ello, a continuación, se hace un primer análisis de la situación del espacio cívico en ambos países.

A) Colombia

En este sentido, en relación con el cumplimiento de Colombia del Requisito 1.3, el informe de Validación de Colombia destacó que “a pesar de que el marco legal⁸⁴⁴ y su aplicación, generalmente favorecen la participación de la sociedad civil, y en particular en el proceso EITI (en Bogotá y en los principales centros urbanos), el país se enfrentaba a riesgos importantes relacionados con el alto nivel de delito y violencia, especialmente en las zonas rurales⁸⁴⁵. En este sentido, el informe hace hincapié en las investigaciones realizadas por varias ONG. En particular CIVICUS clasificó el espacio cívico como oprimido destacando que “el asesinato de activistas de los derechos humanos era un problema particularmente serio en los países de América Latina implementadores del EITI, incluida Colombia”⁸⁴⁶. Sin embargo, se destacó que no se habían detectado ni impedimentos legales al financiamiento nacional o extranjero a las ONG, así como tampoco restricciones o limitaciones a su capacidad de asociarse (tal y como se desprende de su Constitución de 1991, artículos 38, 39 y

⁸⁴³ Discurso de Anthony Richter, Presidente de la Junta de Gobierno, Revenue Watch Institute, *The Link Between Revenue Transparency and Human Rights: Hearing Before the Commission on Security and Cooperation in Europe*, Washington, DC, April 22, 2010 (pp. 42-50). Disponible en: http://www.csce.gov/index.cfm?FuseAction=Files.Download&FileStore_id=2297. Recuperado en mayo de 2020.

⁸⁴⁴ Colombia adoptó, en 2015, la Ley de Estatutaria de Participación Ciudadana (ley 1757/2015) para promover, proteger y garantizar la participación ciudadana en la vida política, administrativa, económica, social y cultural en Colombia. Asimismo, existen otros instrumentos legales que institucionalizan la libertad de participación de la sociedad civil, incluidos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos que garantizan la libertad de asociación (artículos 21, 22 y 16).

⁸⁴⁵ EITI, Secretariado Internacional del EITI, Validación de Colombia Informe sobre recopilación inicial de datos y consulta a partes interesadas, 2018, p. 22.

⁸⁴⁶ *Idem*.

103). Además, se ha observado que los informes del EITI, en general, concluyen que la sociedad civil ha podido usar el EITI para promover el debate público a través de eventos, talleres y conferencias en el que pudieron participar más entidades⁸⁴⁷.

B) Nigeria

En el caso de Nigeria, la primera Validación determinó que no había detectado incumplimientos en relación con el Protocolo de la Sociedad Civil, ya que se consideró que la sociedad civil en Nigeria podía participar en el debate público sin restricciones, coacción o represalias, y que sus representantes podían operar libremente en relación con el proceso del EITI. No obstante, CIVICUS, junto a Nigeria Network of NGO, puso de manifiesto, en el informe presentado en la trigésima primera sesión del Examen Periódico Universal, el difícil entorno operativo para los periodistas que son acosados, golpeados y asesinados de forma rutinaria por llevar a cabo su trabajo periodístico. Estas dos organizaciones manifestaron su preocupación por las acciones de algunos oficiales del Departamento de Servicios del Estado, que están a la vanguardia de la persecución de los defensores de los derechos humanos⁸⁴⁸.

Por otro lado, el citado informe de Validación afirmó que no se habían detectado impedimentos legales de financiamiento nacional ni restricciones a su capacidad de asociarse⁸⁴⁹. Asimismo, realzó la creación del Comité Directivo de la Sociedad Civil (CSSC), una estructura para garantizar que los representantes de la sociedad civil pudieran participar plena, activa y efectivamente en el diseño, implementación, monitoreo y evaluación del proceso EITI.

No obstante, aunque se afirmó que existe un marco favorable para la participación de la sociedad civil, se halló que la sociedad civil en el Grupo de Trabajo de Interesados Nacionales ("el NSWG" por sus siglas en inglés) no funcionaba como un vínculo entre el EITI y el resto de las organizaciones de la sociedad civil para que estas realmente pudieran participar en el diseño, implementación, monitoreo o evaluación del proceso EITI. Este contexto fue considerado como una debilidad en la

⁸⁴⁷ *Ibidem*, p. 23-24.

⁸⁴⁸ Civicus, *Civic space under threat in extractive...op.cit.* pp.10-11.

⁸⁴⁹ EITI, *Validation of Nigeria Report on initial data collection and stakeholder consultation by the EITI International Secretariat*, 2016, pp. 28-31.

implementación del EITI, y por lo tanto del compromiso respecto al Requisito 1.3⁸⁵⁰. Por otro lado, también se ha criticado el hecho de que el Secretariado del NEITI (Nigeria Extractive Industry Transparency Initiative) tiende a favorecer la participación de unas determinadas organizaciones, pudiendo dejar a muchas organizaciones más locales y rurales apartadas de este, añadiendo que, si bien, el propio gobierno podría estar haciendo un buen ejercicio en asegurar la participación y crear un alto grado de legitimidad a los ojos de la comunidad internacional, parece también que podría estar dejando de lado, irónicamente, la mejora de la transparencia y la rendición de cuentas en el sector⁸⁵¹. Con el fin de progresar en el cumplimiento de este Requisito y salvar las brechas existentes en la participación de la sociedad civil, Nigeria desarrolló un Plan de Acción⁸⁵². Su impacto deberá valorarse en la próxima evaluación.

Así, el EITI ha señalado en ambos casos un progreso satisfactorio del Requisito 1.3, a pesar de que organizaciones, como CIVICUS, han resaltado la existencia de casos de manifestantes muertos tanto en Colombia como en Nigeria, así como detenciones y criminalización de activistas manifestantes en Nigeria o censura y violencia contra periodistas en Colombia⁸⁵³. ¿Se ha de entender que son casos fuera del alcance del EITI, y por consiguiente, que órganos, como el Comité de Respuesta Rápida, no deben tomar parte?

2.3 Los grupos multipartícipes nacionales

Una vez se habría asegurado la plena participación tanto de las empresas como de la sociedad civil, el EITI requiere (Requisito 1.4) el compromiso de trabajar con ambos actores, y establecer un grupo multipartípite juntamente con el gobierno.

2.3.1 Selección y funciones participativas del grupo de multipartícipes

El mandato principal del grupo de multipartícipes será supervisar la implementación del EITI, y para ello, deberá configurarse como el órgano principal para la toma de decisiones y el establecimiento de los objetivos de implementación del EITI. Asimismo, también será el encargado de redactar los informes EITI y

⁸⁵⁰ *Ibidem*, pp. 31-36.

⁸⁵¹ Ekhaton, Eghosa Osa, "The roles of civil society organizations in the extractive industries transparency initiative in Nigeria" en *International Journal of Not-for-Profit Law*, Vol. 16, num. 2, r 2014, pp. 51-52.

⁸⁵² EITI, Second Validation of Nigeria Draft assessment by the EITI International Secretariat, 2018, p. 6.

⁸⁵³ Civicus, *Civic space under threat in extractive ...op.cit.*, pp. 10-18.

garantizar el debate público⁸⁵⁴. De este modo, como se ha dicho, el establecimiento de este grupo es fundamental para el funcionamiento y el propósito del Estándar. Es por ello, que a lo largo de los años, el EITI ha venido observando los desafíos a los que muchos países se han enfrentado en su implementación debido a problemáticas surgidas en el seno de los grupos. Estos son algunos de los desafíos detectados más significativos y las recomendaciones sugeridas por el EITI⁸⁵⁵:

- *Celebración esporádica de reuniones y escasa asistencia de los miembros.* Con el fin de asegurar que las reuniones se llevan a cabo y que estas se celebren bajo la máxima participación, el EITI aconseja a que todo participante se comprometa con sus responsabilidades dentro del grupo.
- *Frecuentes cambios en la composición del grupo.* Las continuas variaciones pueden desestabilizar al grupo, por ello, se recomienda la aprobación de un procedimiento de selección y cese claro y efectivo.
- *Dificultades para alcanzar el consenso.* En este sentido, se insta a los miembros del grupo a llegar siempre a un consenso, de lo contrario la implementación del Estándar puede verse afectada.
- *Escaso mantenimiento de registros de los debates y decisiones del grupo.* Se considera que la carencia de un registro puede perjudicar al proceso de Validación, y, por ello, se aconseja diseñar procedimientos para almacenar toda la documentación.
- *Falta de capacidad para llevar a cabo debates técnicos y poner en práctica las actividades previstas en el plan de trabajo que pueden provocar retrasos en la implementación.* De este modo, se invita a que los miembros del grupo tengan la experiencia técnica necesaria. En particular, se entiende que este conocimiento les permitirá gestionar la divulgación de la información de la manera más adecuada, y les ayudará a responder a las necesidades de la sociedad⁸⁵⁶.

Debe de reconocerse que, aunque el EITI ha supuesto la mejora del diálogo entre las partes interesadas, algunas entidades como MSI Integrity, han cuestionado la medida en que los grupos multipartícipes nacionales garantizan por completo un

⁸⁵⁴ EITI, *Nota guía 14 sobre el establecimiento y la gobernanza de los grupos de multipartícipes*, 2018., pp. 1-2.

⁸⁵⁵ *Ibidem*, p. 3

⁸⁵⁶ *Vide infra*, nota 1200.

proceso de toma de decisiones inclusivo y justo. Esta organización, afirmó que, de todos los países evaluados, en siete, los representantes de la sociedad civil fueron seleccionados a través de procesos que habían planteado interrogantes sobre su independencia respecto del gobierno, o sobre si eran los representantes más adecuados de la sociedad civil⁸⁵⁷. En esta línea, este malestar también quedó manifiesto en el marco de la Conferencia Global del EITI celebrada en 2016, en Lima. Más de 100 representantes de la sociedad civil quisieron impedir la celebración de la reunión de la Asamblea de Miembros, debido a que se consideraba irregular e ilegítima la interferencia en el derecho de la sociedad civil para la autoselección de sus representantes en el Consejo Internacional de EITI, así como que se había incluido a un candidato adicional a la lista de candidatos sin contar con el apoyo del grupo amplio de la sociedad civil⁸⁵⁸. Dicho lo anterior, se ha alegado que el EITI no tiene un mecanismo de reclamo en el que puedan escucharse las preocupaciones de las comunidades locales que han sido excluidas del proceso de toma de decisiones⁸⁵⁹. Por consiguiente, se ha afirmado que “el proceso del EITI se podría ver reducido a un ejercicio tecnocrático que crea un espacio para el dialogo reducido a un número limitado de actores y a un número limitado de cuestiones, lo cual no podría traducirse en un resultado positivo para la sociedad en general”⁸⁶⁰.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que tampoco en esta ocasión el EITI requiere de manera específica la participación de las comunidades afectadas en los grupos nacionales multiparticipes. Como respuesta a esta situación, se ha manifestado que existen otras vías a través de las cuales las comunidades pueden participar, como, por ejemplo, a través de las organizaciones comunitarias⁸⁶¹. Por ello, resulta preocupante el hecho de que el EITI no promueva de manera específica que los Estados aseguren que la información divulgada en los informes sea distribuida a nivel local, que inste a eliminar el difícil acceso a la misma para algunos grupos, o que no tenga en cuenta

⁸⁵⁷ Institute for Multi-Stakeholder Initiative Integrity, *Protecting the Cornerstone: Assessing the Governance of EITI Multi-Stakeholder Groups*, 2014, p. viii.

⁸⁵⁸ PWYP, Declaración: Fallas en la gobernanza de EITI amenazan la participación de sociedad civil, 2016. Disponible en: <https://www.pwyp.org/es/pwyp-news/declaracion-las-fallas-en-la-gobernanza-de-la-eiti-amenazan-la-independencia-de-la-sociedad-civil/>

⁸⁵⁹ Institute for Multi-Stakeholder Initiative Integrity, *Protecting the Cornerstone...op.cit.*, p. viii. Aunque no puede valorarse la efectividad de este recurso, el EITI ofrece la posibilidad de presentar quejas sobre el proceso seguido por un grupo para acordar la representación. *Vide supra*, 1. Origen, constitución, y estructura orgánica.

⁸⁶⁰ Human Rights Watch, *A new Accountability Agenda. Human Rights and the Extractive Industries...op.cit.* p. 20.

⁸⁶¹ Institute for Multi-Stakeholder Initiative Integrity, *2013 MSI Evaluation Report...op.cit.* pp. 39-40.

que la falta de conocimientos, y el analfabetismo, socaven el uso de esta⁸⁶² (en este sentido la última revisión del EITI en 2019 empezaría a abrir un nuevo camino⁸⁶³). Ante esta situación es necesario preguntarse si las comunidades realmente están representadas por estos grupos de la sociedad civil. El EITI tampoco establece estándares que salvaguarden que la sociedad civil va a dialogar o participar conjuntamente, y de manera significativa, con las comunidades, o que van a realizar todos los esfuerzos pertinentes para que tengan acceso a la información⁸⁶⁴, o que les van a proporcionar el soporte correspondiente. En todo caso deberá analizarse cada país para saber cómo se ha resuelto en cada caso esta tesitura, y qué es lo que determinan los Planes de trabajo Nacionales⁸⁶⁵. En este sentido, son interesantes las palabras de John H. Knox, ex Relator Especial sobre los derechos humanos y el medio ambiente, cuando establece que “el cuidar que determinadas decisiones tengan en cuenta las opiniones de las personas afectadas, aumenta el apoyo social, promueve el desarrollo sostenible y contribuye a proteger el disfrute de los derechos⁸⁶⁶. Sentado lo anterior, el EITI en su Requisito 1.4 solicitada al gobierno a:

- *Asegurar una participación abierta y transparente de las empresas y las organizaciones de la sociedad civil interesadas en el sector extractivo.* De este modo, el EITI insta a llevar a cabo acciones de sensibilización que permitan dar a conocer el proceso, a entender qué se entiende por parte interesada, y qué tipo de personas y organizaciones podrían ser las adecuadas para formar parte del grupo, así como a ofrecer información sobre qué se espera de ellas.
- *Asegurar que estén adecuadamente representadas todas las partes interesadas.* Si bien, el Estándar puntualiza que esto no significa que estas deban estar representadas con equivalencia numérica, y que en todo caso, la designación dependerá de la configuración de las partes interesadas intervinientes en el sector (si por ejemplo existe mayor diversidad de entidades de la sociedad civil que

⁸⁶² *Idem.*

⁸⁶³ Véase infra, 3.1.2 Evolución y modificaciones del EITI.

⁸⁶⁴ Institute for Multi-Stakeholder Initiative Integrity, *2013 MSI Evaluation Report...op.cit.*, p. 39. La única sugerencia que más se acercaría, aunque de forma tan vaga que podría comprometer su efectividad es el Requerimiento 6 que establece que “El grupo de multipartícipes debe asegurar que el Informe EITI sea comprensible, cuente con promoción activa, se encuentre a disposición del público y contribuya al debate público”.

⁸⁶⁵ *Vide infra*, 4. El principio de seguridad jurídica ante el EITI.

⁸⁶⁶ Knox, John H., *Principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente*, Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos, 2018, p. 12. Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox, Doc. ONU, A/HRC/37/59, de 24 de enero de 2018.

trabajan en asuntos relacionados con el sector extractivo en comparación con el número de organismos gubernamentales que participan en la recaudación de los impuestos, se entiende que el número de las entidades del primer grupo podría ser mayor). En todo caso, se reclama a los grupos a tomar las decisiones por consenso para asegurar la eficacia y correcta implementación del EITI, y se recomienda que las decisiones adoptadas por una mayoría cualificada cuenten con el apoyo de todos los grupos de base para asegurar un procedimiento de toma de decisiones inclusivo, aun en los casos en que las partes interesadas tengan una representación numérica desigual en el grupo. Deberá evaluarse, caso por caso, una vez constituido el grupo, cómo se establece el sistema de votos, y que repercusión tiene a la hora de adoptar las decisiones (Requisito 1.4.b.vi). Igualmente se pide que el grupo de multipartícipes establezca normas sobre el quórum.

Respecto al nombramiento, cada grupo de interés escoge a sus propios representantes. El nombramiento debe ser realizado sin coacción y expresamente se determina que “debe asegurarse que los grupos de la sociedad civil gozan de independencia operativa y de políticas respecto de los gobiernos y/o las empresas”. Por ejemplo, se ha detectado que la sociedad civil, de manera habitual, elige a sus representantes en una asamblea electoral, mientras que las empresas lo hacen a través de las asociaciones industriales existentes⁸⁶⁷. A veces se difunden avisos públicos para solicitar la designación de candidatos.

- *Considerar la posibilidad de establecer las bases jurídicas del grupo.* Se trata de una recomendación, pero en la práctica no existe una fórmula específica, y se deja libertad para que cada país considere la necesidad de establecer una fórmula jurídica⁸⁶⁸.

Una vez se ha constituido el grupo de multipartícipes, este deberá fijar y hacer públicos unos “Términos de Referencia” claros, esto es, sus reglas de trabajo, y el proceso de tomas de decisiones⁸⁶⁹ (concepto acuñado por el EITI, pero que también

⁸⁶⁷ EITI, *Nota guía 14: sobre el establecimiento y la gobernanza... op.cit.*, p. 5.

⁸⁶⁸ Algunos ejemplos se muestran a través de Liberia y Nigeria, los cuales han promulgado leyes sobre el EITI para respaldar la implementación. Por su parte Mauritania estableció el grupo de multipartícipes a través de un Decreto ministerial.

⁸⁶⁹ Véase un ejemplo en EITI, *Nota guía 14: sobre el establecimiento y la gobernanza... op.cit.*, p. 8. Asimismo, véanse otros ejemplos en los siguientes enlaces: En los siguientes enlaces se muestran algunos ejemplos: Nigeria: <http://neiti.org.ng/sites/default/files/documents/uploads/neitiboardcharter-010211.pdf>. Recuperado en mayo 2021. Colombia: <https://www.eiticolombia.gov.co/es/documentos/>. Recuperado en mayo 2021; Reino Unido: <https://www.ukeiti.org/multi-stakeholder-group>. Recuperado en mayo 2021.

puede denominarse en castellano como Acta, Carta Constitutiva o Estatutos). En este caso, el Estándar, con el fin de ayudar a asegurar una correcta supervisión, dispone que estos términos deberán incluir, como mínimo, disposiciones sobre: i) el rol, los derechos y las responsabilidades del grupo de multipartícipes; ii) la aprobación de los planes de trabajo, los Informes EITI e informes anuales de actividades, y la supervisión de la implementación; y iii) los reglamentos y procedimientos internos de gobernanza. Tras su lectura, se observa que estos mínimos se han desarrollado con visión a solventar los desafíos anteriormente expuestos ⁸⁷⁰. Finalmente, en este proceso, el EITI recomienda crear una secretaria nacional que apoye al grupo de multipartícipes⁸⁷¹.

2.3.2 La gobernanza de los grupos multipartícipes del EITI en Nigeria y Colombia

La citada investigación de la organización MSI Integrity concluyó que existían deficiencias transcendentales en la gobernanza interna de muchos de los grupos examinados. Asimismo, ponía de relieve que no todos los países pudieron ser evaluados ya que sus materiales de gobernanza no eran accesibles al público, ni habían sido facilitados a la organización cuando se les solicitó. Esto mostraba una falta básica de gobernanza, y se consideró que el EITI precisamente había fracasado al proporcionar orientación y asegurar la supervisión⁸⁷². En el momento de redactar la presente investigación se ha podido observar que muchos países continúan sin publicar sus reglamentos o aquellos documentos que regulan la adopción de los miembros del grupo o su funcionamiento⁸⁷³. Estudiemos ahora, el caso de Colombia y Nigeria.

A) Colombia

En el caso de Colombia, toda la documentación relativa al grupo multipartícipe se encuentra en su web. De conformidad con los requisitos del EITI para presentar su candidatura, Colombia constituyó su Comité Tripartito Nacional, instancia autónoma e independiente liderada por el Despacho del Ministro de Minas y Energía, que está formado por los representantes del Gobierno, la empresa privada y la sociedad civil,

⁸⁷⁰ Véase Requisito 1.4. b) del Estándar EITI 2019.

⁸⁷¹ A través de la web del EITI puede accederse a todas ellas. Véase: EITI, Countries. Disponible en: <https://www.eiti.org/countries>. Recuperado en mayo 2021.

⁸⁷² MSI Integrity, *Protecting the Cornerstone... op. cit.*, pp. iv-v.

⁸⁷³ Para obtener esta información, véase EITI, Countries. Disponible en: <https://www.eiti.org/countries>. Recuperado en mayo 2021.

y cuyo objetivo primero es llevar el control y seguimiento de las acciones pertinentes para que el EITI alcance el mayor éxito. Este se encuentra regulado por el Reglamento del Comité Tripartito Nacional, que fue adoptado en 2014⁸⁷⁴, y que establece las disposiciones relativas al objeto del Comité, sus funciones, derechos y obligaciones, la elección de los miembros, así como los aspectos relacionados con las funciones de la Secretaría, las convocatorias, los procesos de toma de decisiones y la formación de grupos de apoyo, abarcando así todos los aspectos requeridos en el Requisito 1.4.b.

En relación con la composición del grupo, el citado Reglamento estableció que este estaría compuesto por 9 miembros. A diferencia de otros países, se trata de una composición paritaria; tres miembros del gobierno (el Ministerio de Minas y Energía, el Departamento Nacional de Planeación y la Dirección General de Impuestos y Aduanas Nacionales); tres miembros de las empresas (Ecopetrol, Asociación Colombiana del Petróleo y la Asociación del Sector de la Minería a Gran Escala) y, finalmente, tres miembros de la sociedad civil (la Corporación Transparencia por Colombia, la Universidad Externado de Colombia y el Comité de Seguimiento a la Inversión y Regalías Sucre). En la actualidad, la composición del grupo de la sociedad civil ha cambiado⁸⁷⁵.

Cabe decir, que según el informe de Validación de Colombia la invitación a participar en el grupo de multipartícipes fue abierta y transparente (cumpliendo con el Requisito 1.4), por ello, con carácter previo a la formación del grupo se realizaron varias actividades de concienciación y fortalecimiento de capacidades. En particular, la representación de la sociedad civil en el EITI se eligió a través de un proceso abierto que incluyó a aquellas organizaciones con una trayectoria reconocida en cuestiones de transparencia, gobernanza y conocimiento del sector extractivo. No se han encontrado evidencias de que se excluyera a alguna organización en el proceso. En este sentido, el mismo informe manifestó que “se aseguró que cada grupo pudiera nombrar a sus propios representantes”, y declaró que “no se había encontrado ningún indicio de coacción, si bien se averiguó una elevada frecuencia de remplazo de sus representantes⁸⁷⁶. Aspecto, que se sigue observando tras la lectura de las Actas

⁸⁷⁴ EITI Colombia, Comité Tripartito Nacional. Disponible en: <http://www.eiticolombia.gov.co/es/documentos/comite-tripartito-nacional/>. Recuperado en mayo 2021.

⁸⁷⁵ Véase EITI Colombia, Participantes. Disponible en: <http://www.eiticolombia.gov.co/es/participantes/>. Recuperado en mayo 2021.

⁸⁷⁶ EITI, Secretariado Internacional del EITI, *Validación de Colombia Informe... op. cit.*, p. 26.

publicadas del Comité⁸⁷⁷. Además, cabe señalar, que se ha mostrado que la sociedad civil participa en el EITI, tanto como miembro del grupo, como a través de diversos grupos de trabajo técnicos a través de la red de organizaciones de la sociedad civil (la Mesa de la Sociedad Civil para la transparencia de las industrias extractivas)⁸⁷⁸.

Desde su constitución en 2014 y hasta 2019, el Comité se ha reunido en 41 ocasiones (en el momento de escribir este trabajo, no había publicada ninguna acta correspondiente a 2020). En este sentido, el informe de Validación afirmó que los debates internos son abiertos y exhaustivos y que la toma de decisiones es inclusiva, y siempre consensuada⁸⁷⁹. Por otro lado, el análisis de la asistencia a reuniones para el citado período revela una asistencia uniforme de la mayoría de los representantes de todos los grupos, si bien muestra que el número de personas participantes en estas reuniones ha ido aumentando y cambiando a lo largo de los años. A pesar de que las partes interesadas han afirmado que esto no afectó significativamente al desarrollo de las actividades del grupo, surge la duda de si realmente no podría tener una afectación directa en la adecuación de la supervisión. Esta falta de constancia podría estar motivada por el hecho que el Reglamento no establece ningún tipo de compensación, por ejemplo, para la asistencia a las reuniones. Asimismo, es notable destacar, que de conformidad con las disposiciones de su Reglamento (artículo 7) el grupo ha invitado periódicamente a otras personas a participar en las reuniones, observándose así, el trabajo del grupo por mantener la transparencia de este órgano.

B) Nigeria

Por su lado Nigeria, también ha hecho públicos los documentos relacionados con la constitución de su grupo de multipartícipes. En particular, el grupo se encuentra regulado a través de Ley de la Iniciativa de Transparencia de las Industrias Extractivas

⁸⁷⁷ Véase, EITI Colombia, Comité Tripartito Nacional: Sesiones Comité. Disponible en <http://www.eiticolombia.gov.co/es/documentos/comite-tripartito-nacional/>. Recuperado en mayo 2021.

⁸⁷⁸ Se afirma que esta participación culminó con la creación innovadora de esta plataforma de la sociedad civil a través de la cual se trabaja para asegurar una participación y representación más amplia de la sociedad civil en comparación con otros países cumplidores del EITI. En 2013, el Ministerio de Minas y Energía se reunió con representantes de varias ONGs y una universidad (el Foro Nacional por Colombia, Transparencia por Colombia, Fundación Avina y la Universidad Externado). De manera conjunta realizaron talleres para generar conciencia entre la sociedad civil. Así, esta acción que condujo a la creación de la “Mesa de la Sociedad Civil para la Transparencia en las Industrias Extractivas”. La Mesa fue la encargada de escoger a las organizaciones que las representarían en el Comité Tripartito Nacional. Aronda, Elisa, Bebbingtona, Anthony, Dammerta, Juan Luis, “NGOs as innovators in extractive industry governance. Insights from the EITI process in Colombia and Peru” en *The Extractive Industries and Society* 6, 2019, p. 671.

⁸⁷⁹ EITI, Secretariado Internacional del EITI, *Validación de Colombia Informe... op. cit.*, p. 28.

de Nigeria (Ley NEITI) de 2007⁸⁸⁰. De conformidad con la disposición 5.1 de la NEITI, el NSWG se establece como el “órgano de gobierno del NEITI” el cual será el “responsable de la formulación de las políticas, programas y estrategias para la implementación efectiva de los objetivos y el desempeño de las funciones del NEITI” (artículo 5.2). Este se encuentra regulado de manera más concreta en la Carta Constitutiva del Grupo de Trabajo de Interesados Nacionales de 2011. Este documento, establece principalmente disposiciones relativas al mandato del grupo, su composición, las obligaciones y responsabilidades, los procesos de toma de decisiones, así como el establecimiento de comités específicos. Estos documentos están complementados por una serie de términos de referencia y memorandos de entendimiento entre las partes interesadas y el NSWG, los cuales, a su vez, forman parte de la estructura de gobernanza de NEITI. Además, la Carta Constitutiva creó seis comités permanentes y tres comités de circunscripción (estos tienen términos de referencia, listas de miembros y actas. Artículo 8 de la Carta Constitutiva), así como un Comité técnico, añadiendo la posibilidad de crear comités ad hoc⁸⁸¹. En base a todo lo anterior, se ha considerado que el marco para la implementación del EITI es uno de los más completos⁸⁸².

En relación con su composición, la Ley NEITI determina que el grupo estará integrado por un presidente y, en cualquier caso, no más de otros 14 miembros, uno de los cuales será un Secretario Ejecutivo (artículo 6.1). En este caso, a diferencia de Colombia, los grupos u organizaciones no se encuentran detallados ni tampoco esclarece cuántos miembros representaran a cada uno de los subgrupos. Por consiguiente, no asegura la misma proporción numérica, y por lo tanto, se deberá analizar en todo caso la lista de miembros actualizada que exista en cada momento. Asimismo, la Ley NEITI tampoco establece los tipos de representantes de las organizaciones civiles que pueden formar parte del NSWG, aparte del requisito de que uno debe representar a la sociedad civil, y otro a los sindicatos, añadiendo eso sí,

⁸⁸⁰ Véase NEITI, Publications. Disponible en: <https://neiti.gov.ng/index.php/resources/internal-resources/publications>. Recuperado en mayo de 2021.

⁸⁸¹ Los Comités permanentes son: Audit and Risk Committee; Human Resource Committee; Finance and General-Purpose Committee; Communications Committee; Board Tender Committee y Ethics Committee. Los Comités de circunscripción son: Civil Society Steering Committee; Extractive Industry Committee, y Inter-Ministerial and Remediation Committee.

⁸⁸² MSI Integrity, *Protecting the cornerstone... op. cit.* :

los criterios de elegibilidad para todos los miembros del NSWG⁸⁸³. Por ello, con posterioridad, el NEITI trabajó para definir de manera más concreta y amplia a la sociedad civil, en la que se incluyó a los medios de comunicación, asociaciones profesionales, sindicatos, sindicatos de estudiantes, organizaciones de defensa de los ciudadanos, ONG, grupos religiosos, y organizaciones a nivel comunitario⁸⁸⁴.

Por otro lado, cabe decir que uno de los aspectos más criticados en relación con la formación del grupo es el proceso de nominación de los miembros. La Ley NEITI (Sección 6. a) y la Carta Constitutiva establecen que el nombramiento del NSWG se realiza por parte del Presidente de la República Federal de Nigeria, en vez de por las organizaciones de la sociedad civil⁸⁸⁵. Sin embargo, a pesar de ello, algunas partes interesadas señalaron que la sociedad civil había tenido la libertad de nominar a sus propios representantes para que los nombrara el Presidente⁸⁸⁶. En este sentido, el informe de la primera Validación de Nigeria entendió que, en todo caso, el NSWG se había establecido para servir al presidente de la República, y que este se disuelve cada vez que se elige un nuevo gobierno⁸⁸⁷. Este planteamiento esboza dudas sobre hasta qué punto el grupo era independiente del gobierno, o si fueron escogidos los mejores representantes de la sociedad civil, así como también si la dilación en el tiempo para constituir un nuevo grupo podría tener un impacto negativo en la implementación y el correcto desarrollo del EITI. Además, también se ha alegado que en el proceso de elección existe un cierto favoritismo por contar con organizaciones ubicadas en la ciudad antes que con aquellas organizaciones locales que están más cerca de las comunidades donde se llevan a cabo las actividades extractivas⁸⁸⁸. Teniendo en cuenta lo anterior, se desarrolló una política de la sociedad civil que proporciona pautas sobre cómo nominar a representantes de la sociedad civil para el NSWG⁸⁸⁹. En definitiva, esta política establece el derecho de las organizaciones a proporcionar una recomendación clara al presidente para su nombramiento como miembro del NSWG.

⁸⁸³ Article: 2.2. Qualification of NSWG Members: 2.2.1. The NSWG considers it necessary that for a person to be eligible and qualified to become an NSWG member he or she must not be a) an infant (underage of 18 years); b) a lunatic or person of unsound mind; c) a person who is bankrupt or makes an arrangement or composition with his creditors and d) a person convicted of a crime relating to dishonesty. Board charter for the national stakeholders working group (NSWG), 2011.

⁸⁸⁴ EITI, *Second Validation of Nigeria Draft assessment...op. cit.*, p. 10.

⁸⁸⁵ Ekhtor, Eghosa Osa, *The roles of civil society organizations in the extractive industries... op. cit.*, pp. 51-52.

⁸⁸⁶ EITI, *Validation of Nigeria Report on initial data collection...op. cit.*, p. 47.

⁸⁸⁷ *Ibidem*, p. 37. En particular este nombramiento no suscitó preocupaciones sobre la independencia o integridad de la persona escogida (el Sr. Banwo), sino más bien sobre el proceso mediante el cual fue designado.

⁸⁸⁸ Ekhtor, Eghosa Osa, *The roles of civil society organizations in the extractive industries... op. cit.*, p. 52.

⁸⁸⁹ NEITI, Policy Guideline on Appointment of CSO Rep. on the NSWG, 2018. Disponible en: <https://neiti.gov.ng/index.php/citizen-participation>. Recuperado en mayo de 2020.

También es oportuno destacar la apreciación realizada en el segundo informe de Validación de Nigeria, en el que se afirmó que “el proceso de nominaciones no había sido modificado tras los planes correctivos llevados a cabo por el NEITI”⁸⁹⁰. Únicamente se publicó el “*Addendum to the Board Charter for the National Stakeholders Working Group*” que establece literalmente que se debe “asegurar que las actividades y la esencia de los procesos de transparencia y rendición de cuentas en la industria extractiva, a través Ley NEITI 2007, deben ser transmitidas por los miembros del NSWG a sus respectivos distritos electorales a través de una retroalimentación efectiva y un mecanismo de diálogo participativo que mejore la gestión de ingresos de los recursos naturales para el desarrollo sostenible”. Por lo tanto, se entendió así que esta modificación establecía una mayor participación de los miembros con los distritos. Se deberá, tener en cuenta la valoración del EITI en el siguiente informe.

Por otro lado, es preciso detallar que en el caso de Nigeria, no se han podido analizar las Actas de las reuniones del grupo multipartícipe, habida cuenta de que estas son confidenciales, tal y como establece el artículo 7.6.4 de la Carta Constitutiva, a pesar de que el artículo 7.6.5 estipula que “las decisiones del NSWG deben hacerse públicas”. Además, la Carta no detalla los procedimientos a través de los cuales una parte interesada, fuera del NSWG, podría solicitar acceso a las actas de las reuniones del NSWG. De este modo, la única fuente de información que se ha podido obtener es aquella que proviene de los informes de Validación. A través de estos se ha detectado que “las mociones sobre decisiones clave tienden a ser presentadas por las organizaciones de la sociedad civil o un experto de la industria y aprobadas por mayoría, y subraya que “las actas de la reunión no reflejan ningún caso en el que se haya realizado una votación real⁸⁹¹”. Teniendo en cuenta lo anterior, cabe acentuarse que el primer informe de validación puso énfasis en el hecho de que los miembros del grupo, en este caso, regularmente atienden a las reuniones⁸⁹².

⁸⁹⁰ EITI, *Second Validation of Nigeria Draft assessment... op. cit.*, p. 10. .

⁸⁹¹ EITI, *Validation of Nigeria Report on initial data collection and stakeholder consultation...op. cit.*, p. 43.

⁸⁹² *Ibidem*, p. 44. Con el fin de avanzar progresivamente en la aplicación del Requisito 1.4 del EITI, Nigeria publicó en su web un resumen del grado de participación de los miembros en las reuniones del grupo de 2016 y 2018. Disponibles en: <https://neiti.gov.ng/index.php/aboutus/governing-structure/nswg-meeting-highlights/file/721-nswg-board-meetings-attendance?tmpl=component>. Recuperado en mayo 2021. No se dispone de información relativa al periodo 2018 a 2020.

Llegados a este punto, es menester recordar que el EITI, a través del proceso de Validación, determinará el grado de cumplimiento, y si es necesario propondrá una serie de recomendaciones que el país debería tener en cuenta para la siguiente Validación. En este sentido, tal y como se ha podido observar de los resultados de las Validaciones, se declaró que Colombia había obtenido un progreso satisfactorio en su primera Validación respecto al Requisito 1.3 y 1.4. En cambio, Nigeria, en su primera Validación (2016), obtuvo para ambos Requisitos la calificación de progreso significativo mientras que, en 2018, gracias a la adopción de las medidas pertinentes, la evaluación consideró que se había tenido un progreso satisfactorio.

3. La transparencia en el marco del EITI

Algunos autores han admitido que las obligaciones de transparencia pueden convertirse en parte de los tratados internacionales, pero en cambio niegan estrictamente su carácter como normas del derecho internacional consuetudinario. En este sentido, el autor Andrea Bianchi, ha afirmado que “la transparencia está asociada con un paradigma de derecho público que se transpone al sistema legal internacional para proporcionar una buena gobernanza y mejorar su legitimidad y eficacia generales. Sin embargo, la transparencia, como tal, se utiliza con moderación y, casi invariablemente, en un papel secundario”. Bianchi respalda esta aserción añadiendo que “incluso en el contexto de las Naciones Unidas para promover el estado de derecho, la transparencia no es un elemento indispensable, aunque se cita ocasionalmente en documentos y resoluciones”⁸⁹³, enfatizando que, en ocasiones, es cualificado como principio general del derecho aplicable a áreas específicas como el derecho ambiental internacional y el derecho económico internacional. Según el autor, aunque con dificultades, el reflejo más obvio sería caracterizar la transparencia como un “principio” en virtud del artículo 38 (1) (c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁸⁹⁴. Finalmente, a pesar de realzar la dificultad de determinar su estatus en el contexto de las fuentes tradicionales del derecho internacional, determina que en cualquier caso esta tesis no puede privar de la existencia de un concepto propio como exposición intelectual de una idea general⁸⁹⁵.

⁸⁹³ Bianchi Andrea y Peters Anne, *Transparency in international law*, Cambridge University Press, 2013, p. 5.

⁸⁹⁴ *Idem*.

⁸⁹⁵ *Ibidem*, p. 6.

De este modo, son muchas las definiciones y delimitaciones conceptuales que se han llevado a cabo sobre este término. Para los propósitos de esta investigación se ha considerado, desde una visión general, la definición de la Comisión Económica y Social de las Naciones Unidas para Asia y el Pacífico que expresa que “la transparencia es entendida como aquella información que está disponible libre y directamente accesible para aquellos que se vean afectados por tales decisiones y su aplicación. Asimismo, la transparencia también lleva implícita la necesidad de que el sujeto obligado proporcione suficiente información y que la proporcione en formas y medios fácilmente comprensibles⁸⁹⁶”. En este sentido, debe aclararse que la transparencia no está únicamente relacionada con la cantidad de la información, sino que esta debe cumplir con una serie de parámetros que van más allá de la simple y mera publicación para que sea útil. De este modo, se entiende que la información debe ser una representación fiel (implica características subyacentes de integridad, neutralidad y ausencia de errores), puntual (la información está disponible en el momento adecuado para la toma de decisiones) y comprensiva (la información se presenta de manera clara, concisa y de una manera que la hace comprensible para los usuarios), de fácil acceso, y congruente con el fin de permitir que sea comparable con otra información relacionada⁸⁹⁷.

Como es sabido, la misión básica del EITI no es otra que la promoción de la transparencia en el sector del petróleo, el gas y la minería a través de unos requisitos de divulgación concretos. A través del siguiente apartado se va a examinar la configuración de la transparencia en el EITI y el contenido específico solicitado.

⁸⁹⁶ Yap Kioe Sheng, *What is Good Governance?...op. cit.* ., En este sentido, es interesante también el enfoque de Jorge Carrera Doménech, magistrado y letrado del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) de España. A través de un foro de discusión, en la XVI Cumbre de Transparencia, se llegó a determinar la siguiente definición: “La transparencia en la gestión de los asuntos públicos se caracteriza por la adopción de políticas, acciones y actitudes, tendentes a posibilitar el acceso libre a toda la información que registra el ejercicio de las facultades o funciones de las instituciones y que se genere, obtenga, transforme o conserve por cualquier título en todos los ámbitos y en todas las fases de los procesos y actividades, sin mayores limitaciones que aquellas expresamente establecidas por las leyes para la defensa de la privacidad y la protección de datos personales y de derechos e intereses fundamentales coherentes con el orden constitucional democrático. La transparencia exige no solo la apertura, sino también políticas y acciones que faciliten la comprensión de la información, la cual debe ser veraz, oportuna, completa y actualizada, para generar confianza de la sociedad con sus instituciones públicas. No es una tarea pasiva de dejar ver, sino que más bien requiere políticas que permitan mantener a la ciudadanía bien informada. La transparencia es asimismo una política al servicio de la integridad y rendición de cuentas de los poderes públicos”. Véase: Cumbre Judicial Iberoamericana. Disponible en: http://www.cumbrejudicial.net/web/guest/forokkk/-/message_boards/message/183963. Recuperado en abril de 2021.

⁸⁹⁷ International Accounting Standards Board, *The conceptual framework for financial reporting 2010*, IFRS, 2010. Para más información véase: Bellver Ana y Kaufmann Daniel, *Transparenting Transparency; Initial Empirics and Policy Applications*, Preliminary draft discussion paper presented at the IMF conference on transparency and integrity, julio 2005.

3.1 La publicidad activa en el EITI

España no se encuentra adherida al Estándar, pero teniendo en cuenta la inexistencia de una norma a nivel internacional específica, se ha considerado pertinente referenciar la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno⁸⁹⁸, con el fin de establecer un modelo para la interpretación de la configuración del EITI. De esta manera, a través de esta investigación se plantea la aplicación analógica del concepto de publicidad activa con la provisión de información solicitada por los Requisitos del EITI.

Así, la publicidad activa, según la definición establecida en muchos portales de transparencia, implica la difusión de manera obligatoria y proactiva de la información que obra en poder de los poderes públicos⁸⁹⁹. Esta deberá ser veraz, actualizada, objetiva, comprensible, gratuita, y deberá ofrecerse sin necesidad de ser solicitada, habilitándose para ello los medios necesarios, priorizando los medios electrónicos, de acceso universal y tratamiento libre, fácil y continuado, a la vez que se deberá asegurar los límites que derivan de la protección de otros derechos. De este modo, a través de la publicidad activa, se permite dotar a la transparencia de operatividad, más allá de reconocerla como un valor o principio de actuación deseable, para convertirla así en un imperativo con estructura de “obligación”⁹⁰⁰.

Teniendo en cuenta lo anterior, se ha considerado el contenido del EITI como aquella publicidad activa que todo Estado cumplidor con el EITI debe divulgar (Requisitos 2 al 6). Así, el EITI espera que “la divulgación sistemática sea la expectativa por defecto, y que los Informes EITI en todo caso sean utilizados para abordar eventuales lagunas e inquietudes referentes a la calidad de los datos”⁹⁰¹. Ha de mencionarse que no todos los Requisitos estipulados por el EITI tienen carácter “obligatorio”⁹⁰². De esta manera, una primera interpretación podría ser que la

⁸⁹⁸ Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013.

⁸⁹⁹ Para ello pueden analizarse el Portal de Transparencia del Estado (disponible en: <https://transparencia.gob.es/>. Recuperado en abril de 2021), así como los portales de transparencia de las Comunidades Autónomas). La propia Ley 19/2013 en su artículo 5 establece de manera literal que “Los sujetos enumerados en el artículo 2.1 publicarán de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública”.

⁹⁰⁰ Lafuente Benaches, M.ª Mercedes, *Publicidad activa y medios propios de la Administración Pública*. Disponible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507645>. Recuperado en mayo de 2021.

⁹⁰¹ EITI, Fomentando la divulgación sistemática, 2018, p. 2. En febrero 2018 el Consejo EITI adoptó las recomendaciones de este documento, y decidió fomentar a los países implementadores a moverse hacia la divulgación sistemática. Vea la decisión número 2018-8/BM-39, de 2018. Disponible en: <https://eiti.org/es/board-decision/2018-08>. Recuperado en mayo de 2021.

⁹⁰² *Vide infra*, 3.2.1 Los Requisitos de divulgación del Estándar EITI 2019.

publicidad activa recaería sobre los aspectos que el Estándar considera como obligatorios, y que el resto de las disposiciones conformarían aquella información sobre la que el ciudadano podría ejercer el derecho de acceso a la información en caso de que no se encuentre disponible en los informes o en los correspondientes portales (si bien raya la evidencia que también ese ejercicio engloba el acceso a la información que es obligatoria según las disposiciones del EITI pero que no se ha publicado). El último apartado de esta investigación se centrará en si existen mecanismos, tanto en el propio marco normativo como a disposición del EITI, que aseguren el cumplimiento de estos requisitos⁹⁰³. Por ahora, el primer paso es presentar el contenido formal requerido por el Estándar de 2019, su evolución, y cómo Nigeria y Colombia están reportando esos datos.

3.2 Estructura formal del estándar EITI

Para poder entender qué están haciendo los países, y cuál es su nivel de cumplimiento con los Requisitos, primero es necesario conocer los requerimientos de divulgación estipulados por el EITI. Actualmente, las reglas sustantivas que deben suscribir y cumplir los Estados participantes en el EITI están contenidas en el Estándar EITI 2019, en concreto en el Capítulo I: “La implementación del Estándar EITI”, tal y como se presentan a continuación.

3.2.1 Los Requisitos de divulgación del Estándar EITI 2019

Como se ha dicho, el Requisito 1⁹⁰⁴ se centra en las medidas que todo país debe adoptar antes de presentar su candidatura al EITI, mientras que los Requisitos 2 a 6 son el núcleo que determina el contenido específico que se “requiere”, se “espera” o se “alienta”⁹⁰⁵ a los países implementadores a divulgar. Estos se encuentran culminados por el Requisito 7, que, junto a la Política de Datos Abiertos⁹⁰⁶ (la cual recoge una serie de recomendaciones generales que complementan los aspectos sobre

⁹⁰³ *Vide infra*, 4.2 El principio de seguridad jurídica ante el EITI.

⁹⁰⁴ *Vide supra*, 1.4 Formas de participación.

⁹⁰⁵ Es necesario detallar que el grado de obligatoriedad de los requisitos difiere de unos a otros. En este sentido, se explicita lo siguiente: El uso de los términos “debe”, “debería” y “se requiere” en el Estándar EITI indica que el tema es obligatorio, y se tendrá en cuenta en la evaluación del progreso con el cumplimiento del Estándar EITI. El uso del término “se espera” en el Estándar EITI indica que el grupo multipartípite debe considerar el tema y documentar sus discusiones, la justificación de la divulgación/no divulgación y cualquier barrera a la divulgación. La Validación considerará y documentará las discusiones del grupo multipartípite. El uso de los términos “se recomienda”, “se alienta”, “podría desear” y “podría” en el Estándar EITI indica que el tema es opcional. Los esfuerzos del grupo multipartípite se documentarán en la Validación, pero no se tendrán en cuenta en la evaluación general del progreso con el cumplimiento del Estándar EITI. Véase, EITI, *Estándar EITI 2019*, p. 9.

⁹⁰⁶ *Vide infra*, 4.3.2 La Política de datos abiertos del EITI.

datos abiertos establecidos en el Requisito 7), establece las obligaciones y expectativas sobre la divulgación de la información. De este modo, se aspira a asegurar que aquello divulgado por el gobierno y las empresas sea accesible y comprensible, cuente con promoción activa, y se encuentre a disposición del público para que pueda contribuir al debate.

A continuación, se expone un resumen de los aspectos más relevantes del EITI, los cuales se desglosan en 5 bloques:

Requisito 2: Marco legal e institucional, incluyendo el otorgamiento de contratos y licencias.

El EITI requiere una descripción sobre el sistema normativo que regula el sector, con el fin de ofrecer a las partes interesadas un mayor conocimiento sobre: las leyes y los procesos para el otorgamiento de los derechos de exploración y de producción, el marco legal, fiscal y contractual (que se le aplica al sector extractivo), y las responsabilidades institucionales del estado en la gerencia del sector. En particular se solicita información sobre: el marco legal y régimen fiscal (2.1) el otorgamiento de contratos y licencias: (2.2, 2.3 y 2.4); los beneficiarios reales (2.5) y, la participación estatal (2.6).

Requisito 3: exploración y producción.

El EITI demanda la divulgación de información sobre la exploración (3.1), la producción (3.2), y la exportación (3.3).

Requisito 4: Recaudación de ingresos.

Este Requisito solicita información exhaustiva sobre los pagos realizados por las empresas y los ingresos de los gobiernos, con el fin de que las partes interesadas puedan cotejar cualquier divergencia. Para ello demanda específicamente información sobre: i) los pagos significativos realizados por las empresas petroleras, gasíferas y mineras a los gobiernos y los ingresos significativos recibidos por los gobiernos de parte de estas empresas; (4.1); ii) la venta de la participación estatal en la producción u otros ingresos en especie (4.2); iii) los acuerdos de provisión de infraestructura y permuta (4.3); y iii) los ingresos por transporte (4.4).

Requisito 5: Distribución de ingresos.

A través de este, se espera que se divulgue información relacionada con la distribución de los ingresos para permitir a los interesados entender cómo estos son registrados en los presupuestos nacionales, incluyendo si es necesario, los subnacionales, es decir, para comprender dónde se dirigen los gastos sociales. En particular se requiere información sobre: i) la distribución de los ingresos de las industrias extractivas (5.1); ii) las transferencias subnacionales (5.2); y iii) se alienta a dar información adicional de ingresos y gastos relativa a: a) los ingresos obtenidos de la industria que estén reservados para programas o regiones geográficas específicas; b) los procesos de presupuesto y auditoría del país; c) información que fomente la comprensión pública y el diálogo sobre los problemas de la sostenibilidad de los ingresos y la dependencia de los recursos (5.3).

Requisito 6: Gasto social y económico.

A través de este requerimiento se pretende obtener información sobre la gestión de los gastos sociales y los ingresos con el propósito de ofrecer datos que permitan a las partes interesadas examinar si el sector extractivo está generando los impactos económicos y sociales deseados. Además, y como gran novedad, se anima a divulgar información relativa al impacto ambiental de las empresas extractivas, en particular se centra en: i) los gastos sociales y ambientales de las empresas extractivas; (6.1); ii) los gastos cuasifiscales: (6.2); iii) datos sobre el impacto del sector extractivo en la economía (en caso de estar disponible la información) (6.3); e información ambiental de las actividades extractivas, es decir, se alienta a divulgar información sobre la gestión y seguimiento del impacto ambiental de la industria extractiva (6.4).

3.2.2 Evolución y modificaciones del EITI

Las continuas revisiones y mejoras del Estándar, la última revisión fue en 2019 en el momento de escribir esta investigación, muestran el cambio de una iniciativa centrada estrechamente en la recaudación de ingresos a un estándar internacional cuyo propósito es abordar una gobernanza más amplia de los recursos extractivos. Esto implica que la iniciativa, como se ha venido afirmando, presenta un carácter flexible que permite realizar modificaciones en función de nuevas circunstancias y

necesidades, asegurando así que el Estándar cumple con sus objetivos e integra las tendencias en materia de sostenibilidad e intereses de las partes interesadas⁹⁰⁷.

En la actualidad existen 3 versiones del Estándar, 2013⁹⁰⁸, 2016 y 2019, cuyas reformas se han centrado en la revisión de los criterios para la implementación del EITI y en el proceso de Validación con el propósito de mejorar su operatividad e incluir esas demandas de las partes interesadas. De este modo, en 2016, se comenzó por introducir algunos “pequeños ajustes para esclarecer ambigüedades a la vez que abordar posibles incoherencias. A decir verdad, su propio prólogo enunciaba que no se habían producido muchos cambios en relación con la edición de 2013”⁹⁰⁹. Sin embargo, se señaló que la reordenación de los requisitos permitiría “reflejar mejor la importancia de llevar la transparencia a otros aspectos de la gobernanza de los recursos, como la concesión de licencias, la producción y la gestión de los ingresos. Asimismo, se incluyeron mejoras para alinear el Estándar con la cadena de valor de las industrias extractivas”⁹¹⁰. Lo cierto, es que dicho cambio de estructura resultó un avance importante en cuanto a mejorar la practicidad y el entendimiento del Estándar.

Asimismo, cabe subrayar que se hicieron progresos en cuanto a la publicación de los Informes EITI. El Estándar fue revisado con la finalidad de garantizar una mayor transparencia en relación con las recomendaciones que los gobiernos decían tener en consideración, así como en el diseño de los planes para llevarlas a cabo. También se realizaron modificaciones en el sistema de Validación, en parte como respuesta a las inquietudes de algunos actores que entendían que no se estaba considerando adecuadamente la diversidad de los países implementadores ni tampoco los progresos llevados a cabo con el paso del tiempo⁹¹¹.

Partiendo del anterior resumen de los Requisitos establecidos en la edición de 2019, a continuación, se exponen los cambios más significativos de esta revisión

⁹⁰⁷ Para más información véase: Lee, Mark (et al), *What's new in Sustainable Business? 2021 Sustainability Trends report*, ERM, 2021; Lee, Linda-Eling (et al), *2021 ESG Trends to Watch*, 2020; McLennan, Marsh (et al), *The Global Risks Report 2021*, 16th Edition, 2021. Véase también en relación con las tendencias en sostenibilidad; Threlfall Richard (et al), *The time has come, The KPMG Survey of Sustainability Reporting 2020*, KPMG, 2020 o Castilla Vida, Alberto, *III Informe Comparativo de los EINF del selectivo español*, EY, 2020.

⁹⁰⁸ Véase, EITI, *Estándar EITI 2013*, Secretaría Internacional del EITI, Oslo, 2013.

⁹⁰⁹ EITI, *Estándar EITI 2016*, Secretaría Internacional del EITI, Oslo, 2016, p. 8.

⁹¹⁰ *Idem*.

⁹¹¹ *Ibidem*, pp. 8-9.

respecto a la edición de 2016⁹¹². Como se observará, la revisión de 2019 ha supuesto una diversidad de importantes cambios que atienden a clarificar los requerimientos existentes, a ofrecer flexibilidad para reducir las cargas de la divulgación, y a enfatizar la divulgación a través de sistemas ya existentes. Estas innovaciones hacen referencia principalmente a la divulgación sobre temas ambientales, a aspectos relacionados con cuestiones de género, a la mejora de la transparencia de los contratos, a la inclusión de un desglose más minucioso de la información que incluya datos específicos a nivel de proyectos, así como sobre cuestiones relativas a los negocios de las empresas estatales. De este modo se acentúan los siguientes aspectos:

A) Inclusión del concepto “divulgaciones sistemáticas”.

El EITI, a través de esta idea determina cual es el resultado final deseado con la implementación del Estándar. Es decir, un país podrá alcanzar el mayor grado de cumplimiento de los Requisitos de divulgación si la presentación de información se lleva a cabo de “manera periódica y pública por parte de las empresas y los gobiernos”⁹¹³. Por lo tanto, se entiende que esto aseguraría que las divulgaciones sean más “oportunas, confiables y periódicas”. Los grupos multipartícipes tendrán un papel primordial en garantizar la consonancia con el Estándar. Así se matiza que:

- Los requisitos enfatizan divulgaciones completas y fiables por parte de las entidades informantes, en lugar de centrarse exclusivamente en los Informes EITI (4.1).
- Se aguarda a que las empresas divulguen los estados financieros anuales (4.1.e).
- Se insta a los grupos multipartícipes para que consideren otros procedimientos de aseguramiento de datos distintos de la reconciliación (diferentes a la auditoría independiente requerida en el apartado 4.9.a). Estos deberán ser aprobados por el Consejo (4.9).

⁹¹² Para poder consultar el contenido de ambas versiones, veáse: EITI, *Estándar EITI 2016*, disponible en: <https://eiti.org/es/documento/el-estandar-del-eiti-2016> y el EITI, *Estándar EITI 2019*, disponible en: https://eiti.org/files/documents/eiti_standard2019_a4_es.pdf. Recuperados en noviembre de 2021.

⁹¹³ EITI, *Estándar EITI 2019*, p. 9.

B) Inclusión de los informes a nivel de proyecto.

Este cambio viene dado principalmente ante la necesidad de conocer los datos de pagos e ingresos desglosados para poder entender lo que el Estado recibe con mayor exactitud por cada proyecto extractivo (4.7). El nivel de desglose y la especificidad es mucho más exhaustiva.

C) Mejora de la transparencia de los contratos.

Estas modificaciones son clave para entender las condiciones fiscales de un proyecto y los ingresos recaudados por el Estado. Por ello se subraya que:

- Los contratos concertados, firmados o modificados a partir del 1º de enero de 2021 se hagan públicos (2.4.a).
- Los planes de trabajo desarrollados por los grupos de multipartícipes en 2020 contengan directrices para divulgar los contratos (2.4.b).
- Los Informes EITI deberían representar qué contratos existen (2.1), así como la política gubernamental y la práctica real (2.4.c).

D) Mejoras en relación con la actuación de las empresas de titularidad estatal.

El importante rol que juegan estas entidades en la gestión de los recursos naturales del Estado ha hecho necesario introducir requisitos más estrictos de divulgación respecto a estas. En particular se ha hecho hincapié la necesidad de:

- Incluir en la definición de las relaciones financieras entre el estado y las empresas de titularidad estatal a las empresas conjuntas y las subsidiarias (2.6.a.i).
- Englobar en la información sobre préstamos el calendario de amortización y la tasa de interés (2.6.a.ii).
- Publicar por parte de las empresas de titularidad estatal sus estados financieros auditados (2.6.b).
- Promover un mayor grado de obligación en las transacciones relacionadas con las empresas de titularidad estatal. El proceso de elaboración del informe deberá abordar el rol de las empresas de titularidad estatal, incluyendo la divulgación exhaustiva y fiable de aquellos pagos materiales efectuados por

las compañías a las empresas de titularidad estatal, de las transferencias realizadas a los organismos gubernamentales, y de las transferencias realizadas por los gobiernos a las empresas de titularidad estatal (4.5).

- Cuando la participación estatal en las industrias extractivas genere pagos de ingresos significativos, los países implementadores deberán divulgar información de las empresas de titularidad estatal sobre sus gastos cuasifiscales. Los grupos de multipartícipes podrán considerar la aplicación de la definición del Fondo Monetario Internacional sobre gastos cuasifiscales (6.2).

E) Nuevas consideraciones sobre las ventas del petróleo, gas y minerales por el Estado.

Se ha afirmado que más de la mitad de los ingresos divulgados por países EITI provienen de la venta del petróleo, gas o minerales del estado a empresas comerciales⁹¹⁴. De acuerdo con lo anterior, se ha planteado la necesidad de fomentar que las empresas compradoras divulguen información sobre estas transacciones. Tal y como expone el propio EITI en su prólogo, se solicita la divulgación, por primera vez, de las ventas de materias primas⁹¹⁵. La transparencia en este caso adquiere especial relevancia ante posibles fluctuaciones en los mercados debido a importantes situaciones de crisis⁹¹⁶, ya que el impacto sobre los precios puede llevar a los gobiernos a celebrar acuerdos a corto plazo que pudieran poner en peligro los intereses nacionales a más largo plazo. Una medida, que puede tener mayor repercusión en el caso de las empresas de titularidad estatal, que no siempre aseguran al público su escrutinio. Por ello los cambios fueron dirigidos a:

- Determinar la obligación de declarar los volúmenes recibidos y vendidos por el Estado incluidos los terceros designados por el estado para vender en su nombre (4.2.a), así como desglosar los volúmenes y valores vendidos por contrato de venta (en lugar de por comprador).

⁹¹⁴ EITI, *Empresas de titularidad estatal*. Disponible en: <https://eiti.org/es/el-rol-las-empresas-titularidad-estatal>. Recuperado en noviembre de 2021.

⁹¹⁵ EITI, *Estándar 2019*, p. 4.

⁹¹⁶ *Vide supra*, Capítulo 3.

- Estimular las divulgaciones sobre el proceso de selección de compradores y de los contratos de venta (4.2.b).
- Alentar a las empresas compradoras a divulgar los pagos realizados al estado por la adquisición de productos básicos (4.2.c).

F) Inclusión de cuestiones relativas al género.

La participación de las mujeres y los grupos marginados en la gobernanza de los recursos naturales se determina como un vector clave para lograr la buena gestión del sector. Los cambios están dirigidos a mejorar la paridad en los grupos de multipartícipes, a asegurar que los datos puedan entenderse desde un enfoque de género, a mejorar el acceso a los datos por parte de las mujeres y los grupos marginados. Los cambios pertinentes en cuestiones de género se aprecian en base a las siguientes consideraciones:

- Los grupos de multipartícipes tienen la obligación de establecer un equilibrio de género entre sus representantes (1.4).
- Se espera que los Informes EITI faciliten datos de empleo por proyecto, rol y género, cuando estén disponibles (6.3).
- Se resalta la necesidad de que los grupos de multipartícipes tengan en consideración los desafíos y problemas de acceso a la información tanto por género como por subgrupos (7.1).
- Se anima a los grupos de multipartícipes a evidenciar los esfuerzos encaminados a mejorar la igualdad de género y la inclusión social (7.4). En esta línea de ideas, en la actualidad el EITI está trabajando para incluir la realidad de otros grupos marginados, ya que se entiende que las problemáticas también surgen debido a otros aspectos como la ubicación, la clase social, el origen étnico, la condición de habitante originario, la religión y la edad⁹¹⁷.

⁹¹⁷ Véase, EITI, *Hacia un movimiento por la igualdad de género en las industrias extractivas*, 2019. Disponible en: <https://eiti.org/es/blog/hacia-movimiento-por-igualdad-genero-en-las-industrias-extractivas>. Recuperado en noviembre de 2021. Véase también, EITI, *Cómo se relaciona el género con la misión del EITI*, 2018. Disponible en: <https://eiti.org/es/documento/como-se-relaciona-el-genero-con-mision-del-eiti#:~:text=El%20EITI%20contribuye%20a%20la,los%20datos%20sobre%20el%20sector>. Recuperado en noviembre de 2021.

G) Incorporación de cuestiones relativas a temas medioambientales.

Los problemas medioambientales es uno de los mayores desafíos que presenta la gestión de la gobernanza de los recursos naturales. Esta evidencia, y los recientes requerimientos legales (como la citada Directiva Europea o la ley española sobre información no financiera⁹¹⁸) demuestran la necesidad de que el EITI progrese en estas cuestiones. Se observa esta inclusión en los requisitos 6.1 y 6.4:

- se alienta a divulgar los pagos medioambientales significativos que se hagan a los gobiernos (6.1) así como a divulgar la información relacionada con el impacto y monitoreo medioambiental (6.4).

H) Nueva aproximación para la revisión de impactos y resultados de la implementación del EITI.

La realidad del proceso de divulgación podría haber confirmado que los informes anuales de progreso podrían no ser suficientes para que las partes interesadas puedan analizar los datos y evaluar los impactos. Por ello, los grupos de multipartícipes podrán elegir cómo emprender su revisión anual de los resultados y el impacto de la implementación del EITI (7.4), ya sea a través de un informe de progreso anual como a través de otros medios acordados por el grupo.

I) Otras modificaciones destacables.

- El rol, las responsabilidades y los derechos del grupo multipartícipe (1.4 b iv): en cuanto a la responsabilidad del grupo, el nuevo Estándar ruega a los miembros a respetar el código de conducta de la Asociación EITI.
- Licencias (2.2): se alienta al grupo multipartícipe a añadir información adicional sobre la asignación de licencias como parte de las divulgaciones de información EITI, así como una descripción de los procedimientos, las prácticas efectivamente observadas, y los motivos de renovación, suspensión o revocación del contrato o licencia.
- Producción y exportaciones (3.2, 3.3): se anima a divulgar información sobre la producción y exportación desglosada por región, empresa o proyecto.

⁹¹⁸ *Vide supra*, Capítulo 2.

- Puntualidad de los datos (4.8): se espera que los países publiquen información periódica y oportuna de acuerdo con el Estándar EITI y el plan de trabajo convenido anualmente.
- Transferencias subnacionales (5.2): se estimula al grupo multipartícipe a acordar un procedimiento que se ocupe de la calidad de los datos y el aseguramiento de la información sobre las transferencias subnacionales, de acuerdo con el Requisito 4.9 (calidad y garantía de los datos). Esto podrá permitir saber si las comunidades locales están o no percibiendo dichas transferencias.
- Seguimiento de las conclusiones del EITI (7.3): se añade la posibilidad de que el grupo multipartícipe pueda considerar acordar recomendaciones para fortalecer los sistemas gubernamentales y la gobernanza de los recursos naturales.
- Se ha realizado una distinción más clara entre debate público y accesibilidad de los datos/datos abiertos (7.1 y 7.2).
- Los países no son suspendidos en caso de que el progreso se encuentre por debajo del nivel satisfactorio en relación con los requisitos 1.1-1.3 en la primera Validación.
- Se añade una sección independiente en relación con la supervisión de la aplicación del Consejo del EITI (previamente requisito 8 sobre "Cumplimiento y plazos").

Esta evolución muestra cómo cada vez más el Estándar exige un mayor grado de transparencia en las actividades del sector extractivo, y añade las preocupaciones de las partes interesadas en materia de sostenibilidad (incluyendo así, no sólo cuestiones económicas sino también ambientales y sociales), configurándose, por lo tanto, como una herramienta que puede ayudar a comprender el papel de la transparencia como un elemento para combatir algunos de los principales riesgos que presenta esta industria⁹¹⁹. En particular, se enfatiza el nuevo enfoque en relación con los desafíos existentes en materia ambiental. El requerimiento de informar sobre cuestiones como

⁹¹⁹ *Vide supra*, Capítulo 3.

la realización de evaluaciones de impacto ambiental o los esquemas de certificación ofrecen una indicación inequívoca de la necesidad de adoptar tales medidas, alertando así a la sociedad a pedir cuentas sobre estas cuestiones. De igual modo, ciertas cuestiones sociales también están cobrando protagonismo como el nuevo enfoque hacia el fomento de una gobernanza de los recursos naturales más inclusiva en términos de género, cuyo propósito es eliminar o minimizar los efectos negativos de carácter social, económico y ambiental que afectan en mayor proporción a las mujeres.

Este afán del EITI por mejorar la gobernanza de los recursos naturales e integrar los intereses y las tendencias globales también se muestra en el marco estratégico del EITI para 2021 y 2022, el cual está dirigido a crear oportunidades para generar impacto⁹²⁰. Este documento determina las prioridades por la Junta de Miembros con carácter previo a la celebración de la Conferencia Global de 2022, y orienta la preparación de los presupuestos y los planes de trabajo anuales por parte de la Secretaría para los citados años. En particular, se establece que, durante este período, el trabajo del EITI se centrará en inspirar y motivar el cambio en seis áreas de relevancia, las cuales se basan en las deliberaciones y decisiones de la Conferencia Global de 2019;

- *Transición energética.* Se considera que el EITI puede ayudar a contribuir al debate público y orientar las decisiones políticas sobre las rutas para llevar a cabo la transición.
- *Abordaje de los riesgos de corrupción.* Se establece la necesidad de seguir apostando por mejorar los mecanismos establecidos dirigidos a eliminar la corrupción como la presentación de los informes EITI o el fortalecimiento del rol del EITI en la gestión de la corrupción.
- *Movilización de los ingresos nacionales.* Se pretende seguir definiendo divulgaciones más ambiciosas y detalladas que fortalecerán la oportunidad de los datos del EITI en la recaudación de los impuestos.
- *Decisiones de inversión con criterios ambientales, sociales y de gobierno corporativo.* Cada vez más las decisiones de inversión se basan en indicadores

⁹²⁰ EITI, *EITI's Strategic Priorities 2021-2022*, 2021.

ambientales, sociales y de gobernanza. En este sentido, se entiende que las disposiciones del EITI pueden contribuir a la evaluación del desempeño ambiental, social y de gobernanza⁹²¹.

- *Promoción de la utilización de datos abiertos.* El EITI se dispone a fomentar que cada vez más los países garanticen el acceso y la utilización de los datos a través de plataformas de datos abiertos. Se espera así un aumento de la divulgación proactiva de los datos.
- *Medición del impacto.* El EITI tiene como propósito medir cuál es el impacto del EITI a través de una evaluación, y pretende instar a que los países implementadores lleven a cabo este tipo de medidas.

3.3 Grado de cumplimiento de los Requisitos EITI en Nigeria y Colombia

Hasta ahora se ha examinado cuál es la información que el EITI requiere divulgar a los estados implementadores, la denominada publicidad activa, y cómo ha ido evolucionando el Estándar. La revisión de los informes EITI y las Validaciones de los países muestran que cada país sigue su ritmo particular en el proceso de implementación, y que las complejidades de cada sistema tienen un impacto directo en la mayor o menor celeridad en relación con el cumplimiento y progreso. A continuación, este trabajo va a centrarse en el proceso de implementación y grado de cumplimiento de Nigeria y Colombia según los resultados de proceso de Validación y los Informes EITI, con el fin de comparar y entender su evolución. Si bien en primer lugar, es oportuno comprender el marco normativo y las particularidades del sector de estos dos países. Debe tenerse en cuenta que los indicadores de gobernanza de estos dos países parten de resultados diferentes⁹²². Así la pregunta que se plantea es, si ello tendrá un impacto en el desempeño del país para alcanzar un determinado progreso en el cumplimiento de los Requisitos.

3.3.1 La transparencia en Nigeria de conformidad con los Requisitos EITI

Nigeria ha sido considerada como la perla del EITI debido a su aclamado éxito en la publicación de datos detallados, en la producción sustancial de un gran número de

⁹²¹ *Vide supra*, Capítulo 3.

⁹²² *Vide infra*, Anexo 4.

documentos producidos por el NEITI⁹²³, y por la construcción de una estructura institucional con respaldo legal para sus operaciones (fue el primer país en adoptar una ley específica para el EITI). Se afirmó así que, el NEITI había establecido una agenda enormemente ambiciosa que iba más allá de los requisitos del EITI⁹²⁴. En ese sentido, se subrayó que la pieza central del proceso NEITI habían sido las auditorías encargadas por el NSWG⁹²⁵ que cubrieron el período entre 1999-2004⁹²⁶. En este proceso, se divulgaron datos de pagos completamente desagregados de las compañías y se incluyeron críticas sobre cómo el gobierno nigeriano administraba sus activos e ingresos petroleros⁹²⁷. No obstante, con posterioridad se empezó a criticar que el progreso del NEITI se estaba ralentizando. Muestra de ello, es la demora de la segunda auditoría que abarcaba información relativa al año 2005, la cual no fue completada y publicada hasta el 2008⁹²⁸. ¿No están limitando estos retrasos su uso y efectividad como fuente de información? ¿Puede decirse que esta divulgación cumple con los parámetros de la calidad de la transparencia⁹²⁹? Y, además, ¿estos retrasos no están también socavando el derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos? Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación, se examinará el trabajo llevado a cabo por Nigeria y el grado de cumplimiento de los Requisitos del EITI.

⁹²³ Todos los informes EITI, los informes de Progreso, así como otros documentos relevantes pueden ser revisados en la web del EITI. Disponible en: <https://eiti.org/publishers/nigeria-eiti>.

⁹²⁴ Literalmente se ha manifestado que: "It focused on four main areas. These were: improving Nigeria's macroeconomic environment; pursuing structural reforms; strengthening public expenditure management; and implementing institutional and governance reforms. Implementing the EITI in Nigeria by establishing the NEITI was part of the institutional and governance reforms. Nigeria joined the EITI basically to promote prudent management of revenues from its abundant natural resources to reduce poverty and ensure sustainable development. The NEITI is the Nigerian national sub-set of the global EITI. NEITI: <https://neiti.gov.ng/index.php/aboutus/brief-history-of-neiti>. Recuperado en mayo de 2021.

⁹²⁵ Véase para más información NEITI Audits. Disponible en: <https://www.neiti.gov.ng/index.php/neiti-audits>. Recuperado en mayo de 2021.

⁹²⁶ Ha sido notable la voluntad de Nigeria de expandir este proceso también al sector de la minería (la primera auditoría cubrió el período entre 2007 y 2010). Para más información sobre las auditorías del sector minero véase: <https://neiti.gov.ng/index.php/neiti-audits/solid-minerals>.

⁹²⁷ Gillies, Alexandra. *U4 Brief. Reforming corruption out of Nigerian oil? Part two: Progress and prospects*, Chr. Michelsen Institute (U4 Brief number 6), 2009, pp. 1-4, p. 3. . Estas auditorías se clasifican en tres principalmente: i) Auditoría financiera; concilia los pagos y los ingresos, mapea los flujos financieros en el sector de petróleo y el gas e identifica problemas sistémicos en el sistema financiero del gobierno que afectan a la transparencia y la rendición de cuentas. Se busca establecer lo que se pagó y lo que se recibió e identificar los agentes que pueden ser responsables de cualquier discrepancia; ii) Auditoría física, rastrea el movimiento real de petróleo y el gas desde la extracción hasta el refinamiento / exportación; y, iii) Auditoría de proceso, revisa el proceso que afecta a los asuntos financieros en toda la industria extractiva. Examina cómo las diferentes agencias y departamentos en Nigeria con cierta responsabilidad para el sector petrolero interactúan y gestionan el sector del petróleo (licitaciones, presupuestos, comercialización de petróleo crudo, refinación, importación de productos refinados, etc., así como en las leyes y regulaciones relevantes. Shaxson, Nicholas, "Nigeria's Extractive Industries Transparency Initiative Just a Glorious Audit?", en *Royal Institute of International Affairs*, 2009, p. 30.

⁹²⁸ Para más información sobre las auditorías del gas y el petróleo véase: <https://neiti.gov.ng/index.php/neiti-audits/oil-and-gas>. Véase también <https://eiti.org/nigeria#eiti-reports-and-other-key-documents> para más información sobre los Informes EITI y otros documentos clave. Se observa que los informes presentan continuos retrasos a la hora de ser publicados.

⁹²⁹ Como se expresó con anterioridad la información debe ser: una representación fiel, puntual y comprensiva, de fácil acceso y congruente.

Como puede observarse en las tablas 1.5 y 1.6 (Anexo 2), de conformidad con las Validaciones, Nigeria ha llevado a cabo un proceso satisfactorio en cada uno de los elementos evaluados (Requisitos del 2 al 6)⁹³⁰. A continuación, se detalla el grado de desempeño alcanzado:

Marco legal e institucional:

Requisito: 2.1 Marco legal y régimen fiscal

Aunque la implementación del EITI ha supuesto cambios normativos en Nigeria, la adecuación de la normativa del sector a los requisitos del EITI (o incluso la institucionalización del Estándar) todavía se encuentra en el camino para mejorar la gobernanza del sector⁹³¹. Tal y como se desprende de los resultados de las Validaciones (tablas 1.5 y 1.6 Anexo 2), se consideró que este Requisito había alcanzado un “Progreso satisfactorio”. En base a las validaciones y los informes EITI, se afirmó que Nigeria divulgaba satisfactoriamente la información requerida por el Estándar, ya que se consideró que los informes del NEITI describían correctamente el marco legal y el marco fiscal, tanto para los minerales sólidos como para el petróleo y el gas, así como que estos hacían referencia a las principales reformas en curso (o previstas). Teniendo en cuenta lo anterior, es importante subrayar que las directrices del proceso de Validación únicamente solicitan que el país realice una descripción de su marco legal y del régimen fiscal de la industria extractiva. Por lo tanto, esto significa que la Validación no valora si el marco legal es el adecuado para alcanzar los fines del EITI, es decir no sólo aportar información al debate público y promover el entendimiento, sino también fortalecer los sistemas de gobiernos y empresas.

Requisito: 2.2 Otorgamiento de contratos y licencias

La Validación de 2016 confirmó que el Informe EITI de 2013 incluía información sobre los procedimientos de asignación y transferencia de licencias petroleras, pero en cambio no revelaba detalles sobre los criterios técnicos y financieros utilizados para evaluar las asignaciones de licencias y la práctica de transferencias y renovaciones de licencias. En relación con el sector minero, se declaró la falta de datos

⁹³⁰ De conformidad con la Guía de Validación el Requisito 1 hace referencia a la supervisión del grupo de multiparticipes y el 7 a los resultados e impacto de la implementación. Véase: *EITI, Guía para la Validación EITI, 2019*. Debe tenerse en cuenta que estas Validaciones se realizaron teniendo en cuenta el Estándar de 2016 (igual que también sucede en el caso de Colombia que será examinado a continuación). La primera Validación tuvo en cuenta el informe EITI de 2013 mientras que la segunda tuvo en consideración principalmente el informe EITI de 2015. Asimismo, se han tenido en cuenta otros informes posteriores del NEITI.

⁹³¹ *Vide infra*, 4.2.2 Marco legal e institucional en Nigeria del derecho de acceso a la información.

sobre el número de licencias otorgadas o transferidas a empresas, así como información sobre la práctica real de las asignaciones y las transferencias de licencias⁹³². Aunque el EITI afirma que el requerimiento ha sido abordado parcialmente, la Validación de 2018 afirmó que el país había logrado un progreso significativo, destacando una mayor divulgación sobre la información de las licencias de minería, petróleo y gas, así como sobre el proceso de adjudicación y transferencia de licencias, incluidos los criterios técnicos y financieros evaluados y la lista de licitadores de las tres licencias de petróleo y gas adjudicadas en 2015⁹³³.

Requisito: 2.3 Registro de licencias

En relación con los registros de licencias se confirmó que el informe EITI de 2013 facilitaba información sobre las licencias petroleras y mineras, incluidos los nombres de los titulares de las licencias y las fechas de concesión, pero no se incluían las coordenadas de la licencia ni las fechas de solicitud y vencimiento⁹³⁴. Sobre este particular, igual que en el caso del Requisito 2.2, el EITI afirma un progreso significativo, pero añade que todavía la información es abordada de manera parcial. En concreto, se observa que el NEITI empezó a publicar más datos sobre todas las licencias de las empresas, incluyendo en este caso también las fechas de solicitud de 15 de las 23 licencias de producción de petróleo y gas, así como las coordenadas de licencia para tres licencias de petróleo y gas, destacándose además que el Portal para inversionistas de GeoMining del Ministerio de Desarrollo de Minas y Acero proporciona toda la información de conformidad con este Requisito. No obstante, si bien estos datos son de acceso público y gratuito, deben solicitarse a la Oficina de Catastro Minero de Nigeria⁹³⁵. Esta investigación no ha tenido acceso a dicha oficina, por lo que no ha podido verificar si la solicitud sigue los criterios de datos abiertos o si el proceso de solicitud permite a todas las personas un acceso real a la información. Por ello, sería necesario llevar a cabo un estudio de campo al respecto⁹³⁶.

Requisito: 2.4 Contratos

Los Informes EITI presentados hasta la fecha no detallan información de las políticas sobre la divulgación de contratos, ni tampoco si estaba planificada alguna

⁹³² EITI, *Validation of Nigeria Report on initial data collection and stakeholder consultation...op. cit.*, pp. 67-71.

⁹³³ EITI, *Second Validation of Nigeria Draft assessment... op.cit.*, pp. 17-22, 26.

⁹³⁴ EITI, *Validation of Nigeria Report on initial data collection and stakeholder consultation...op. cit.*, pp. 61-67.

⁹³⁵ EITI, *Second Validation of Nigeria Draft assessment...op. cit.*, pp. 22-27. .

⁹³⁶ *Vide infra*, 4.3.2 La política de datos abiertos.

reforma, o cual sería la práctica real en esta área. Sin embargo, se detectó que alrededor de 31 contratos se habían hecho públicos a través de la web Open Oil⁹³⁷. En este caso, la evaluación de 2018 confirmó que Nigeria había abordado la acción correctiva aportando finalmente información sobre estas políticas y la práctica real en el sector del petróleo y el gas, aumentando el número de contratos publicados (en el sector de la minería sólo existen licencias y no contratos)⁹³⁸.

Requisito: 2.5 Beneficiarios reales

Este requisito todavía no se ha tenido en cuenta en las evaluaciones de Nigeria. No obstante, es preciso destacar que se está llevando a cabo un trabajo para exigir la publicación de los beneficiarios. El presidente Muhammadu Buhari en la Cumbre Anticorrupción de Londres del 12 de mayo de 2016, alzó el compromiso de establecer un registro público de beneficiarios reales de todas las empresas que operan en el país (compromiso que se materializó en una de las líneas de acciones determinadas en el citado Nigeria Action Plan 2019-2021⁹³⁹). Asimismo, se aplica este requisito a las empresas que tengan un contrato gubernamental como parte de su implementación del Estándar de Datos de Contratación Abierta para su proceso de contratación pública⁹⁴⁰. Con posterioridad, Nigeria ha dado un paso más al lanzar un portal de beneficiarios reales para empresas de exploración y producción⁹⁴¹. El NEITI, juntamente con el Departamento de Recursos Petrolíferos, también está llevando a cabo un proceso de implementación de un registro que será hospedado y administrado por este Departamento⁹⁴². Este compromiso quedó reflejado en el Plan de Acción Nacional de Nigeria trabajado con la Open Government Partnership⁹⁴³.

Requisito: 2.6 Participación estatal

Se destaca que el grupo de multipartícipes ha realizado importantes esfuerzos para divulgar información sobre la Corporación Nacional de Petróleo de Nigeria (NNPC y sus subsidiarias)⁹⁴⁴. En particular se observa que el Informe EITI de 2013 facilitó

⁹³⁷ EITI, *Validation of Nigeria Report on initial data collection and stakeholder consultation...op. cit.*, pp. 71-74. Véase la web Open Oil, disponible en: <https://openoil.net/>. Recuperado en abril 2021. En este caso se requiere un login, lo que podría suponer una barrera al acceso.

⁹³⁸ EITI, *Second Validation of Nigeria Draft assessment...op. cit.*, pp. 28-29.

⁹³⁹ Open Government Partnership, *OGP Nigeria National Action Plan II* (2019 - 2021). Disponible en: <https://www.opengovpartnership.org/documents/nigeria-action-plan-2019-2021/>. Recuperado en junio 2021.

⁹⁴⁰ Open Contracting Data Standard. Disponible en: <https://standard.open-contracting.org/latest/en/>. Recuperado en junio 2021.

⁹⁴¹ Véase NEITI, *The beneficial ownership register for the extractive industry*. Disponible en: <https://bo.neiti.gov.ng/>. Recuperado en abril 2021.

⁹⁴² NEITI, *Full report oil and gas industry audit report 2018*, 2019, p. 20.

⁹⁴³ Véase, Open Government Partnership, *OGP Nigeria National Action Plan (2017-2019)*, 2017.

⁹⁴⁴ *Vide infra*, Anexo 4.

información sobre las transferencias de acciones de la NNPC en licencias de empresas conjuntas antes de 2013. En este sentido, la primera Validación destacaba que a través de este informe de 2013 se habían detallado datos sobre pagos significativos realizados al gobierno, información sobre algunas empresas de propiedad estatal, así como una explicación sobre las reglas que rigen las relaciones financieras entre el estado y estas empresas. A pesar de lo anterior, también se puntualizaba que la lista de empresas estatales no parecía ser completa y el informe no abordaba aspectos sobre los préstamos o garantías de préstamo otorgadas por el gobierno⁹⁴⁵. En 2018, la evaluación afirmaba que Nigeria había mejorado la divulgación de información sobre la participación estatal (como por ejemplo información más detallada sobre las normas que rigen las relaciones financieras entre la NNPC y el gobierno, así como la existencia de desviaciones en la práctica e información sobre préstamos y garantías), logrando así un progreso significativo⁹⁴⁶.

Exploración y producción

Requisito: 3.1 Exploración

En ambos procesos de Validación se destacó que los Informes EITI brindaban amplia información sobre datos relativos a la exploración en los sectores de los minerales sólidos, el petróleo y el gas, incluida información sobre el historial, las reservas, la ubicación, el perfil comercial y las actividades de exploración importantes⁹⁴⁷.

Requisito: 3.2 Producción

De igual modo, Nigeria ha divulgado extensa información sobre cuestiones relativas a la producción al publicar los volúmenes de producción de los minerales más significativos, también los del petróleo crudo y gas natural, así como datos para conciliar las cifras de la producción del sector de los hidrocarburos⁹⁴⁸. En el periodo que abarca la segunda Validación se constató que los informes analizados proporcionaron los volúmenes y valores de producción de 2015 para todos los productos básicos extractivos producidos ese año⁹⁴⁹.

⁹⁴⁵ EITI, *Validation of Nigeria Report on initial data collection and stakeholder consultation... op. cit.*, pp. 78-79. .

⁹⁴⁶ EITI, *Second Validation of Nigeria Draft assessment... op. cit.*, pp. 29-34. .

⁹⁴⁷ EITI, *Validation of Nigeria Report on initial data collection and stakeholder consultation... op. cit.*, pp. 93-95, y EITI, *Second Validation of Nigeria Draft assessment... op. cit.*, pp. 35-37.

⁹⁴⁸ EITI, *Validation of Nigeria Report on initial data collection and stakeholder consultation... op. cit.*, pp. 95-100.

⁹⁴⁹ EITI, *Second Validation of Nigeria Draft assessment... op. cit.*, pp. 35-37. .

Requisito: 3.3 Exportación

En relación con el último de los elementos del Requisito 3, se observa que el informe de 2013 exponía amplia información sobre los volúmenes de exportación de petróleo crudo, gas natural y valores de exportación de petróleo, aunque no se detalla el valor de las exportaciones de gas natural. También se proporcionan los valores de exportación para las tres mayores exportaciones de minerales sólidos, pero sólo los volúmenes relativos a las empresas incluidas en el informe⁹⁵⁰. En el informe evaluado en 2018, es decir el informe EITI 2015, se proporcionaron los volúmenes y valores de exportación de 2015 para cada producto de extracción exportado ese año⁹⁵¹. Las anteriores afirmaciones sobre cada uno de los aspectos evaluados del Requisito 5, mostraban, tal y como expresó el EITI, un progreso satisfactorio.

Recaudación de ingresos

Requisito: 4.1 Divulgación exhaustiva de impuestos e ingresos

Un aspecto esencial del EITI es la declaración de los pagos e ingresos provenientes del petróleo, el gas y la minería. Por lo tanto, a través de este Requisito, se solicita divulgar información sobre las cantidades que las empresas extractivas pagan por concepto de impuestos, regalías y otros pagos, y las cantidades que reciben los organismos gubernamentales. Para ello, y con el fin de lograr una mayor transparencia, estos datos deben ser exhaustivos, es decir, deben ofrecer un contexto completo de los ingresos totales que provienen de los recursos naturales⁹⁵². En este sentido, los informes examinados en la primera Validación definían los umbrales de materialidad con el fin de precisar cuáles eran los pagos y los ingresos significativos que deberían aparecer en los informes EITI. Sin embargo, se detectaron cambios en el alcance durante la presentación de los informes que no habían sido aprobados por el grupo multipartícipe, y se confirmó que no se había presentado una lista exhaustiva de empresas materiales, y que se había presentado una exposición poco extensa de los datos requeridos por el EITI en relación con el sector del gas y el petróleo⁹⁵³.

Por el contrario, el informe de 2015 proporcionó la correcta definición de los umbrales de materialidad detallados por el grupo y se confirmó que todas las empresas

⁹⁵⁰ EITI, *Validation of Nigeria Report on initial data collection and stakeholder consultation... op. cit.*, pp. 100-102.

⁹⁵¹ EITI, *Second Validation of Nigeria Draft assessment ... op. cit.*, pp. 36-37.

⁹⁵² EITI, *Nota guía 13 sobre la definición de materialidad, los umbrales y las entidades declarantes*, 2016.

⁹⁵³ EITI, *Validation of Nigeria Report on initial data collection and stakeholder ...op.cit.*, p. 115.

significativas y las entidades gubernamentales informaron de manera integral todos los pagos e ingresos materiales. Y aunque se excluyera la conciliación de los flujos de ingresos requerida en el dispositivo 4.1.b, se consideró que se había producido un avance satisfactorio ya que el objetivo más amplio de transparencia de los ingresos se había logrado dada la exclusión de estos ingresos por motivos de materialidad cuantitativa. En este sentido, debería examinarse más exhaustivamente si efectivamente estas omisiones pudieran ser consideradas como significativas⁹⁵⁴.

Requisitos: 4.2 Venta de la participación estatal en la producción u otros ingresos en especie; 4.3 Acuerdos de provisión de infraestructura y permuta; 4.4 Ingresos por transporte; 4.5 Transacciones relacionadas con las empresas de titularidad estatal; 4.6 Pagos subnacionales

Se observa que Nigeria ha venido ofreciendo información sobre cada uno de estos elementos, y por consiguiente, el EITI ha concluido que el país ha avanzado positivamente y ha alcanzado un progreso satisfactorio. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que a pesar de que se publiquen los datos, no siempre el grupo multipartícipe ha avalado la materialidad de la información⁹⁵⁵. En este sentido, para poder analizar la coherencia y exhaustividad, y poder valorar la pertinencia real de estos datos, sería oportuno tener información sobre el proceso de análisis de materialidad.

Requisito: 4.7 Nivel de desglose; 4.8 Puntualidad de datos; 4.9 Calidad y garantía de datos

Tras la lectura de los informes EITI se observa que se han divulgado datos de ingresos desglosados por empresa individual, entidad gubernamental y flujo de ingresos. Por otro lado, se ha mostrado que el proceso de publicación de la información se caracteriza por retrasos constantes. Sin embargo, los informes de Validación afirman que, si bien se han llevado a cabo progresos satisfactorios, se alienta al país a reforzar el sistema de divulgación para garantizar una mayor relevancia y utilidad en el debate público, así como en la formulación de políticas públicas⁹⁵⁶. ¿Debería el EITI ser más estricto sobre este aspecto? ¿Estos retrasos no

⁹⁵⁴ EITI, *Second Validation of Nigeria Draft assessment ... op. cit.*, pp. 38-44.

⁹⁵⁵ Para más información detallada véase los informes de Validación de Nigeria.

⁹⁵⁶ EITI, *Second Validation of Nigeria Draft assessment ... op. cit.*, p. 51.

estarían socavando la utilidad de los datos, y, por lo tanto, como ya se ha expresado, el derecho de participación en los asuntos públicos?

Por otro lado, en relación con la calidad y garantía de los datos, la primera Validación resaltó que los procedimientos adoptados para garantizar la confiabilidad de los datos no estaban suficientemente descritos, y añadía que el Informe EITI de 2013 no había facilitado una evaluación de si los pagos y los ingresos estaban sujetos a una auditoría independiente y creíble, aplicando estándares internacionales de auditoría⁹⁵⁷. Si bien, Nigeria ha trabajado para asegurar la calidad de la información, la segunda Validación consideró que las acciones adoptadas habían abordado parcialmente este asunto (salvaguardias adecuadas para preservar la integridad de la información; coberturas de conciliación; seguimiento de las recomendaciones anteriores, etc.). Desde el punto de vista de la transparencia y la utilidad de los datos, resulta obvio subrayar la esencialidad de este requisito. Teniendo en cuenta lo anterior, se ha observado que según el Informe sobre el gas y petróleo de 2018, Nigeria ha destacado la existencia de un marco legal que asegura la calidad y garantía de los datos como la propia Constitución, así como la Ley de Empresas y Asuntos Afines, o la Ley del Consejo de Información Financiera⁹⁵⁸.

Distribución de ingresos

Requisito: 5.1 Distribución de ingresos de las industrias extractivas

Los Informes EITI establecen claramente qué ingresos de las industrias extractivas se registraron en el presupuesto federal, las desviaciones en la práctica de las normas estatutarias y el uso de los ingresos recaudados por las entidades federales no registrados en el presupuesto⁹⁵⁹.

Requisito: 5.2 Transferencias subnacionales

A diferencia del informe de 2013, el de 2015 describía las transferencias subnacionales estatutarias vinculadas a los ingresos de las industrias extractivas y proporcionó las fórmulas de reparto de ingresos. Además, se revelaron las transferencias subnacionales reales y las discrepancias con los cálculos de acuerdo con las fórmulas de participación en los ingresos. Por lo tanto, aunque esta

⁹⁵⁷ EITI, *Validation of Nigeria Report on initial data collection and stakeholder consultation... op. cit.*, pp- 155-156.

⁹⁵⁸ NEITI, *Full report oil and gas industry...op.cit.*, 2019, p. 20.

⁹⁵⁹ EITI, *Validation of Nigeria Report on initial data collection and stakeholder consultation... op. cit.*, p. 163.

información se presentó con posterioridad al inicio de la segunda Validación, debería considerarse que Nigeria habría hecho un avance satisfactorio de conformidad con las recomendaciones propuestas por el EITI⁹⁶⁰.

Requisito: 5.3 Gestión de ingresos y gastos

Se destaca que el grupo de multipartícipes se ha esforzado por incluir información sobre el proceso de elaboración del presupuesto federal, así como enlaces a algunos de los sitios web gubernamentales relevantes en los Informes EITI⁹⁶¹. No obstante, debe tenerse en cuenta que ninguna de las Validaciones realizadas en la actualidad por el EITI ha tenido en cuenta la valoración de este requisito.

Gasto social y económico

Requisito: 6.1 Gastos sociales de las empresas extractivas⁹⁶²

El Informe EITI de 2013 divulgó los gastos sociales obligatorios y voluntarios de las empresas mineras, tanto en efectivo como en especie, aunque estos no estaban desagregados por proyecto y no se revelaba la identidad de los beneficiarios. Por otro lado, también este informe añadía datos del sector del petróleo y el gas en relación con información sobre gastos sociales, definidos como responsabilidad social corporativa, pero sin hacer distinción si estos eran voluntarios u obligatorios⁹⁶³.

Satisfactoriamente, con posterioridad el NEITI describió públicamente los gastos sociales obligatorios, tanto en minería como en petróleo y gas, revelando y conciliando de manera integral estos gastos, con información adicional de acuerdo con el Requisito 6.1.a⁹⁶⁴.

Cabe destacar que el informe de 2018 ya incluyó amplia información sobre el impacto ambiental de las actividades extractivas de conformidad con el Requisito 6.4 del nuevo Estándar de 2019⁹⁶⁵.

Requisito: 6.2 Gastos cuasifiscales

En cuanto a los gastos cuasifiscales, no aplicables al sector de la minería, se declara que Nigeria en el informe de 2013 había proporcionado algunos datos al respecto. Si

⁹⁶⁰ EITI, *Second Validation of Nigeria Draft assessment... op. cit.*, pp. 61-62.

⁹⁶¹ EITI, *Validation of Nigeria Report on initial data collection and stakeholder consultation... op. cit.*, p. 167.

⁹⁶² Los gastos ambientales de las empresas todavía no habían sido incluidos en las evaluaciones examinadas, así como tampoco el Impacto ambiental de las actividades extractivas (Requisito 6.4).

⁹⁶³ EITI, *Validation of Nigeria Report on initial data collection and stakeholder consultation... op. cit.*, p. 169.

⁹⁶⁴ EITI, *Second Validation of Nigeria Draft assessment... op. cit.*, p. 64.

⁹⁶⁵ NEITI, *Full report oil and gas industry...op.cit.*, pp. 95-101.

bien parece que el país debería ser más exhaustivo y asegurar la veracidad de los mismos⁹⁶⁶.

Requisito: 6.3 La contribución del sector extractivo a la economía

En 2013 Nigeria hizo públicos datos sobre la contribución de los sectores extractivos al PIB, los ingresos, las exportaciones y el empleo, aunque se consideró que para los futuros informes se podría ampliar esta información⁹⁶⁷. En la segunda Validación, se reflexionó que se había hecho un progreso significativo, ya que el informe de 2015 había incluido datos sobre la contribución, en términos absolutos y relativos, tanto del petróleo como del gas y los minerales sólidos al PIB, los ingresos públicos, las exportaciones y el empleo, identificando la ubicación de la producción⁹⁶⁸.

3.3.2 La transparencia en Colombia de conformidad con los Requisitos EITI

A pesar de que el compromiso de Colombia con el EITI es relativamente reciente⁹⁶⁹, ya se ha destacado como "el primer país de las Américas en cumplir con todos los requisitos del Estándar EITI"⁹⁷⁰. En esta línea, el informe de Validación de Colombia remarcó que el país había sido pionero en la creación de canales innovadores para recopilación y publicación de datos con el fin de mejorar la accesibilidad de los datos de las empresas extractivas⁹⁷¹. Aunque este mismo informe también remarcó que, a pesar de las grandes contribuciones en materia de transparencia realizadas, la utilización de los datos del EITI todavía no ha podido establecerse como una vía para impulsar el debate público o para apoyar la elaboración de nuevas políticas⁹⁷². Cabe destacar que Colombia ha producido cinco informes EITI que cubren 7 vigencias fiscales (de 2013 a 2019). Así, en primer lugar, será pertinente conocer el nivel de cumplimiento del país con los Requisitos EITI.

Como puede observarse en la Tabla 1.7 (Anexo 2), de conformidad con la Validación de 2018 Colombia ha llevado a cabo un proceso satisfactorio en cada uno

⁹⁶⁶ EITI, *Validation of Nigeria Report on initial data collection and stakeholder consultation...* op. cit., p. 173 y EITI, *Second Validation of Nigeria Draft assessment...* op. cit., p. 34.

⁹⁶⁷ EITI, *Validation of Nigeria Report on initial data collection and stakeholder consultation...* op. cit., p. 176.

⁹⁶⁸ EITI, *Second Validation of Nigeria Draft assessment...* op. cit., p. 66.

⁹⁶⁹ Vide infra, 4. El principio de seguridad jurídica ante el EITI.

⁹⁷⁰ EITI Noticias. Disponible en: <https://eiti.org/es/news/colombia-es-el-primer-pais-las-americas-en-conseguir-el-nivel-mas-alto-progreso-en>. Recuperado en abril 2020.

⁹⁷¹ EITI, Secretariado Internacional del EITI, *Validación de Colombia Informe ...op. cit*, p. 8.

⁹⁷² *Idem*.

de los elementos evaluados referente a las divulgaciones⁹⁷³ (Requisitos del 2 al 6)⁹⁷⁴.

A continuación, se detalla el grado de desempeño alcanzado:

Marco legal e institucional:

Requisito: 2.1 Marco legal y régimen fiscal

En primer lugar, debe destacarse que, igual que Nigeria, Colombia ha alcanzado un “Progreso satisfactorio” respecto con la publicación de información sobre el marco legal e institucional. Este Requisito 2.1 requiere, como ya se ha reiterado, que el Estado realice una descripción del marco legal e institucional del sector. A través de los informes EITI y de los informes de progreso, Colombia explica de manera detallada la normativa vigente y la promulgada durante el correspondiente ejercicio. Desafortunadamente, no revela de forma explícita las reformas ni sus repercusiones en relación con los Requerimientos del EITI, en caso de que existan. Los informes EITI y la Validación de 2018 muestran que Colombia, según las directrices del EITI, está divulgando satisfactoriamente la información requerida.

Requisito: 2.2 Otorgamiento de contratos y licencias

La información sobre la adjudicación y transferencia de licencias se divulga en el Informe EITI de 2016, tanto en relación con los hidrocarburos como para la minería. Además, se destaca que la información sobre la adjudicación de contratos de hidrocarburos está disponible en el sitio web de la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), mientras que la información sobre la concesión de títulos mineros está disponible públicamente en el sitio web de la Agencia Nacional de Minería (ANM), incluido el sistema de catastro. Habida cuenta que se detectó que el sistema de catastro presentaba dificultades de navegabilidad, la Validación destacó positivamente el trabajo de la Agencia para modernizar dicho sistema⁹⁷⁵.

Requisito: 2.3 Registro de licencias

La información sobre las licencias activas del sector minero y de los hidrocarburos está disponible públicamente, así como también los datos sobre los productos básicos cubiertos por las licencias mineras. El informe facilita el acceso a esta información al

⁹⁷³ A través de los informes de progreso, así como también el informe de Validación puede verificarse el grado de cumplimiento respecto a la divulgación requerida por el Estándar. Estos se encuentran disponibles en: <https://eiti.org/colombia>.

⁹⁷⁴ Véase supra nota, 921. Igual que en el caso de Nigeria, debe tenerse en cuenta que la Validación de Colombia se realizó de conformidad con el Estándar de 2016. El principal informe analizado en la Validación de Colombia es el Informe EITI de 2016. Asimismo también se han tenido en cuenta informes posteriores con el fin de examinar si existen novedades de divulgación. Disponible en: <https://eiti.org/document/colombia-2016-eiti-report-ia-summary>. Recuperado en mayo 2021.

⁹⁷⁵ EITI, *Secretariado Internacional del EITI, Validación de Colombia Informe... op. cit.*, pp. 38-39.

proporcionar directamente los enlaces tanto al catastro minero como al depósito de contratos de hidrocarburos. Además, el público puede acceder a información adicional, incluidos los productos básicos cubiertos, a solicitud de los reguladores del sector⁹⁷⁶. Igual que en el caso de Nigeria, deberá analizarse de manera directa la adecuación de este proceso de solicitud de acceso a la información⁹⁷⁷.

Requisito: 2.4 Contratos

El informe de Validación de 2018 puso de manifiesto que Colombia había ido más allá de los requisitos mínimos recomendados por el EITI. En este sentido, destacó la descripción de las políticas del gobierno sobre la transparencia de los contratos y de las prácticas generales de divulgación. Por su parte, los acuerdos contractuales de la minería que están estandarizados por la Ley de Minería se encuentran disponibles públicamente (la información técnica restringida, debe solicitarse a la ANM). Si bien no se detalla el proceso ni los requisitos para poder solicitar esta información, las partes interesadas consultadas declararon que cualquier persona puede solicitar copias de los contratos, a excepción de los detalles de propiedad exclusiva de conformidad con la Ley de Transparencia. También los contratos del petróleo y el gas son públicos a través de la web de la ANH⁹⁷⁸.

Requisito: 2.5 Beneficiarios reales

Este requisito tampoco se ha tenido en cuenta en la evaluación de Colombia. Sin embargo, cabe destacar que el gobierno manifestó públicamente su compromiso para desarrollar su política sobre la divulgación de beneficiarios reales en la Cumbre Anticorrupción del Reino Unido en mayo de 2016. En este sentido, su hoja de ruta se basaba en la aprobación de un proyecto de ley de beneficiarios de acuerdo con el Requisito 2.5.b.ii para 2020. En el momento de la evaluación, este se encontraba pendiente de aprobación en el Congreso, y el grupo de multipartícipes había comenzado a considerar formas legales alternativas para garantizar su cumplimiento. En la actualidad, dicho proyecto se encuentra archivado⁹⁷⁹. Así, el Informe de 2019 describe los intentos llevados a cabo para asegurar la divulgación de los beneficiarios reales, destacando la Ley 2010, conocida como Ley de Crecimiento Económico, que

⁹⁷⁶ *Ibidem*, p. 40.

⁹⁷⁷ *Vide supra*, en este mismo apartado 2.3 Registro de licencias en Nigeria.

⁹⁷⁸ EITI, *Secretariado Internacional del EITI, Validación de Colombia Informe... op. cit.*, p. 41.

⁹⁷⁹ EITI Colombia, *Informe EITI Colombia*, vigencia 2019, 2020, p. 164.

introduce cambios en el alcance del concepto de Beneficiario Real o Beneficiario Final, y señala que se creará un Registro único de Beneficiarios efectivos, finales o reales, el cual estará a cargo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia⁹⁸⁰.

Requisito: 2.6 Participación estatal

El Informe EITI de 2016 contiene información relacionada sobre la relación entre el gobierno y Ecopetrol, así como información sobre las transferencias de fondos entre la empresa pública y el estado, las ganancias retenidas, la reinversión, el financiamiento de terceros, la relación financiera con el gobierno, la propiedad del gobierno (incluidos los cambios en 2016), así como información sobre préstamos y avales. Incluso se detalla información sobre el nivel de titularidad en compañías petroleras y gasíferas que operan en Colombia y las autorizaciones para operaciones financieras⁹⁸¹.

Exploración y producción

Requisito: 3.1 Exploración

El Informe EITI de 2016 proporcionó una descripción general de las industrias extractivas, incluidas las actividades de exploración y los procedimientos aplicables a estas actividades en los sectores de los hidrocarburos y la minería⁹⁸².

Requisito: 3.2 Producción

Se observa que el informe de 2016 proporcionó datos sobre los volúmenes de producción total para cada producto mineral producido ese año, junto con precios de referencia que permitía a los lectores estimar los valores de producción. Asimismo, se incluía información sobre la producción por municipios para los principales productos básicos y regiones productoras. No obstante, se realza que se había detectado cierta falta de claridad sobre el origen de los datos de producción⁹⁸³.

Requisito: 3.3 Exportación

También en el caso de los datos relativos a la exportación, Colombia ha venido publicando información sobre los volúmenes y valores de exportación desglosados por productos básicos exportados, incluido el oro. Además, en Informe EITI de 2016

⁹⁸⁰ *Idem*.

⁹⁸¹ EITI, *Secretariado Internacional del EITI, Validación de Colombia Informe... op. cit.*, p. 46.

⁹⁸² *Ibidem*, p. 49.

⁹⁸³ *Ibidem*, p. 51-52.

proporcionó información sobre las exportaciones de petróleo y carbón, y añadía enlaces a la oficina nacional de estadística, la cual publica datos agregados de las exportaciones extractivas desde 1970⁹⁸⁴.

Recaudación de ingresos

Requisito: 4.1 Divulgación exhaustiva de impuestos e ingresos

Como en el caso de Nigeria, la materialidad se determinó, y se incluyó información sobre las disposiciones constitucionales de confidencialidad tributaria, los objetivos de cobertura de conciliación y la justificación de las definiciones acordadas, estableciendo, así, que los flujos de ingresos materiales estaban claramente identificados, junto con las entidades gubernamentales. Una verificación ex post de la cobertura de la conciliación fiscal y las consultas con las partes interesadas ratificó la exhaustividad de la información⁹⁸⁵.

Requisitos: 4.2 Venta de la participación estatal en la producción u otros ingresos en especie; 4.3 Acuerdos de provisión de infraestructura y permuta; 4.4 Ingresos por transporte; 4.5 Transacciones relacionadas con las empresas de titularidad estatal; 4.6 Pagos subnacionales

El Informe EITI de 2016, de conformidad con la materialidad establecida de los flujos de ingresos⁹⁸⁶, expuso amplia información de conformidad con los Requisitos 4.2, 4.3, 4.4, 4.5 y 4.6⁹⁸⁷. En particular, en relación con la disposición 4.4 cabe destacar que las partes interesadas habían manifestado que la información sobre las transferencias a los municipios podía utilizarse con mayor facilidad si se actualizaran los sistemas de información⁹⁸⁸. Esto podría confirmar la necesidad de que las leyes del sector extractivo deberían incluir de manera expresa disposiciones para promover la generación de datos y su gestión de conformidad con la correspondiente ley de transparencia y acceso a la información.

⁹⁸⁴ *Idem*.

⁹⁸⁵ *Ibidem*, pp. 60-61.

⁹⁸⁶ EITI Colombia, Materialidad de los Flujos de Ingresos. Disponible en: <http://www.eiticolombia.gov.co/es/informes-eiti/informe-2017/flujo-de-ingresos/materialidad-de-los-flujos-de-ingresos/>. Recuperado en mayo 2021.

⁹⁸⁷ Para más información véase, EITI, *Secretariado Internacional del EITI, Validación de Colombia Informe... op. cit.*, pp. 61-71.

⁹⁸⁸ *Ibidem*, p. 66.

Requisito: 4.7 Nivel de desglose; 4.8 Puntualidad de datos; 4.9 Calidad y garantía de datos

Según la Validación de 2018, el informe destacó que los datos de los flujos de ingresos se encuentran desglosados según empresa, flujo de ingresos y entidad gubernamental, sin embargo, los datos conciliados no se desglosaban por proyecto⁹⁸⁹.

Por otro lado, a diferencia de Nigeria, Colombia ha venido publicando los informes EITI con carácter anual, no siendo los datos anteriores al antepenúltimo período de contabilidad, aunque las partes interesadas añadieron que estos deberían divulgarse como máximo 9 meses después de la finalización del año fiscal⁹⁹⁰.

En relación con la conciliación de pagos e ingresos, de conformidad con los estándares internacionales de auditoría, se destaca que esta fue realizada por un Administrador Independiente, el cual había sido designado por el grupo de multipartícipe. En este sentido, el informe final presenta una declaración del Administrador Independiente sobre la seguridad de los datos (financieros)⁹⁹¹.

Distribución de ingresos

Requisito: 5.1 Distribución de ingresos de las industrias extractivas

La Validación de 2018 señaló que el Informe EITI de 2016 incluía una descripción de la distribución de los ingresos de las industrias extractivas, y confirmó que todos los ingresos de las industrias extractivas quedaban registrados en el presupuesto nacional. Además, el informe contenía información adicional sobre el sistema nacional de regalías, así como vínculos para monitorear la distribución y el uso de estas regalías⁹⁹².

Requisito: 5.2 Transferencias subnacionales

Si bien el Informe EITI de 2016 incluía información completa sobre el mecanismo de reparto de ingresos y datos sobre los recursos que están disponibles para las regiones de acuerdo con el reparto de regalías obligatorio, el informe no calculó el importe que debía transferirse de acuerdo con la fórmula de reparto de ingresos, sino que extrajo esas cifras de los cálculos propios del organismo gubernamental (Departamento Nacional de Planeación). Cabe destacar, que las partes interesadas

⁹⁸⁹ *Ibídem*, p. 70.

⁹⁹⁰ *Ibídem*, p. 71.

⁹⁹¹ *Ibídem*, p. 75.

⁹⁹² *Ibídem*, p. 79.

consultadas habían manifestado que la divulgación de esta información había sido más comprensible, y que además esta complementaba otros datos que el Departamento Nacional de Planeación pone a disposición de los ciudadanos. Este hecho mostraría la posibilidad de que las partes interesadas puedan cruzar datos para poder obtener una mayor información⁹⁹³.

Requisito: 5.3 Gestión de ingresos y gastos

La Validación de 2018 determinó que Colombia había ido más allá de los requisitos mínimos requeridos por el Estándar EITI 2016 al proporcionar información adicional sobre la gestión de ingresos y los gastos. Asimismo, realizó la afirmación del Ministerio de Finanzas de que su portal de transparencia está disponible para hacer referencias cruzadas con el contenido en Internet del EITI Colombia⁹⁹⁴.

Gasto social y económico

Requisito: 6.1 Gastos sociales de las empresas extractivas; 6.2 Gastos cuasifiscales

La Validación mostró que Colombia había identificado correctamente los gastos sociales obligatorios, tanto para el sector de la minería como para el de los hidrocarburos, a la vez que había divulgado los nombres de los beneficiarios y confirmado que los gastos sociales obligatorios se pagan en efectivo. No obstante, sobre este particular, cabe destacar que el proceso de Validación detectó ciertas inquietudes sobre la divulgación de los pagos sociales, poniendo de manifiesto que las partes interesadas que habían participado en el proceso habían declarado la necesidad de incrementar los esfuerzos de comunicación para difundir mejor estos datos a las comunidades⁹⁹⁵. Por otro lado, cabe destacar que el último informe del EITI Colombia incluyó también amplia información sobre el impacto ambiental, englobando el compromiso de Colombia con los Objetivos de Desarrollo Sostenible⁹⁹⁶.

⁹⁹³ *Vide infra*, 4.3.2 La política de datos abiertos.

⁹⁹⁴ EITI, *Secretariado Internacional del EITI, Validación de Colombia Informe...op. cit.*, p. 84.

⁹⁹⁵ *Ibidem*, p. 88.

⁹⁹⁶ EITI Colombia, *Informe EITI Colombia, Vigencia 2019, 2020*, pp. 157- 162.

En relación con los gastos cuasifiscales el Informe EITI de 2016 puso de manifiesto que Ecopetrol no realiza ningún gasto de este tipo, y que, por consiguiente, este requisito no era de aplicación⁹⁹⁷.

Requisito: 6.3 La contribución del sector extractivo a la economía

Finalmente, se destaca que Colombia ha hecho pública información, en términos absolutos y relativos, sobre el tamaño de las industrias extractivas, su contribución a los ingresos públicos, las exportaciones y el empleo. Además, se aporta información sobre la contribución de la industria extractiva a la economía local y nacional a través de una plataforma en línea. En este caso, la Validación también concluyó que Colombia había mejorado la información mínima requerida por el EITI⁹⁹⁸.

El anterior análisis ha mostrado que ambos países están avanzando en el camino hacia la transparencia de conformidad con las disposiciones del EITI, aunque se ha evidenciado que ninguno de los países ha alcanzado el mayor grado de transparencia según todos los Requisitos establecidos por el Estándar. Asimismo, este análisis comparativo ha mostrado que países con diferentes grados de cumplimiento (o madurez divulgativa) e indicadores de gobernabilidad diferentes, incluso con un marco normativo más o menos robusto⁹⁹⁹, pueden alcanzar el mismo nivel de progreso (según las directrices del EITI), mostrando así la dificultad de obtener conclusiones generales en cuanto al impacto real y efectividad. Es decir, será necesario un estudio de campo que permita analizar cómo este ha impacto en la gobernanza del país, y no sólo en el cumplimiento de los Requisitos. En otras palabras, lo anterior confirmaría que el alcanzar un progreso satisfactorio no significa haber alcanzado un grado óptimo de divulgación. Por lo tanto, este resultado debería entenderse como el progreso de mejora continua realizada evaluación tras evaluación. Así, teniendo en cuenta los niveles de divulgación actuales, en ningún caso todavía en la actualidad puede llegarse a conclusiones definitivas sobre la efectividad de la implementación del EITI desde el punto de vista estricto de la transparencia. En primer lugar, porque, como se ha afirmado, no se ha alcanzado el máximo grado de divulgación, y en segundo lugar, porque tal y como expresó en Validador de Colombia, “es importante no sólo la

⁹⁹⁷ EITI, *Secretariado Internacional del EITI, Validación de Colombia Informe... op. cit.*, p. 89.

⁹⁹⁸ *Ibidem*, p. 92.

⁹⁹⁹ *Vide infra*, 4.1 Reformas legales e institucionalización del EITI en los países implementadores (los casos de Nigeria y Colombia).

mejora de la transparencia, sino también que la información aportada pueda en realidad impulsar el debate público o apoyar la elaboración de nuevas políticas, pero también que esta información pueda ser de utilidad para la ciudadanía. Por ello, el trabajo de los grupos multipartícipes jugará un papel muy importante, en especial a través del trabajo realizado a través de los planes de trabajo”¹⁰⁰⁰.

4. El principio de seguridad jurídica ante el EITI

Como se ha mostrado, los países para cumplir con los Requisitos EITI están divulgando información que históricamente los gobiernos no habían puesto a disposición de los ciudadanos de manera proactiva. No obstante, también se ha observado que ningún país en la actualidad ha alcanzado un nivel de máxima transparencia según los Requisitos¹⁰⁰¹, o como se expondrá más adelante, se realiza una divulgación con limitaciones de acceso. De este modo, la pregunta que se plantea es si existen mecanismos externos o propios del EITI que promuevan o permitan asegurar que el gobierno y las empresas cumplen con los requerimientos del Estándar.

Por otro lado, cabe recordar que, si bien no puede afirmarse que un incumplimiento respecto de los Requisitos del EITI lleve consigo el nacimiento de una obligación legal directa, sí que debería entenderse como una responsabilidad de cumplimiento hacia el EITI. En cualquier caso, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica, la idea planteada es si estos nuevos fenómenos originados disponen de mecanismos que garanticen la previsibilidad de las situaciones y de las relaciones jurídicas (para lo que será necesario que las normas sean claras y precisas) y, si además, crean un estado en el que cualquier persona puede tener la convicción y la confianza de no estar sometida a riesgos o daños previsibles¹⁰⁰². Por ello, como instrumento de *soft law*, será importante tener en cuenta cómo este es implementado, si se incluye o no en el ordenamiento jurídico (y el impacto que tiene sobre este), así como su coherencia con el Derecho de cada país¹⁰⁰³. Así, en primer lugar, este apartado va a examinar de

¹⁰⁰⁰ *Vide infra*, 4.3.3 El derecho de acceso a la información en los Planes de trabajo de los grupos multipartícipes y otras iniciativas multilaterales.

¹⁰⁰¹ Véase el Estado de progreso de los países implementadores. Disponible en: <https://eiti.org/es/paises>. Recuperado en mayo 2021.

¹⁰⁰² Ugartemendia Eceizabarrena, Juan Ignacio, “El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado” en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, 2006, pp. 21-33.

¹⁰⁰³ *Vide supra*, 1.2.1 carácter híbrido.

manera sucinta si los países están adaptando sus marcos legales con el fin asegurar el cumplimiento de los Requisitos del EITI.

4.1 Reformas legales e institucionalización del EITI en los países implementadores

Anteriormente, se ha expuesto que el EITI puede catalogarse como una norma transnacional no jurídica de aplicación local, por lo que, teniendo en cuenta que el EITI no determina el modo de implementación, cada país adaptará los Requisitos según su marco normativo o las necesidades legales que puedan surgir para asegurar su cumplimiento. Tras la lectura de los informes EITI, de los informes de Progreso, así como de los informes de Validación publicados en la web del EITI o los portales de los países implementadores, se observa que la gobernanza del sector extractivo presenta desafíos a nivel legal para dar cumplimiento al Estándar. De este modo, se revela que en muchos casos este marco normativo no es coherente o no cumple con los Requisitos del EITI. Por ello, el EITI solicita al grupo multipartícipe, a través del Requisito 7.3, a “tomar medidas para poner en práctica las lecciones aprendidas, a identificar, investigar y abordar las causas de las discrepancias y lagunas informativas, y a considerar las recomendaciones que resulten de la implementación del EITI”. Incluso añade que este grupo pueda considerar la posibilidad de convenir recomendaciones para fortalecer los sistemas gubernamentales y la gobernanza de los recursos naturales. Finalmente, esta disposición añade que “cuando corresponda, se debe alentar a los países implementadores a seguir estas recomendaciones”¹⁰⁰⁴.

Esta investigación no va a realizar un análisis detallado de todas las reformas y avances llevados a cabo en los marcos legales de cada país implementador, en tanto ese proceso podría ser objeto de otra investigación¹⁰⁰⁵. No obstante, es pertinente llevar a cabo una primera aproximación para mostrar cómo estos países están adaptando sus marcos normativos. Así, estas reformas realzan, una vez más, el importante impacto que la RSE tiene a nivel jurídico¹⁰⁰⁶. A modo de ejemplo, y tras la lectura de la citada documentación generada de conformidad con el EITI, a

¹⁰⁰⁴ EITI, *Estándar 2019*.

¹⁰⁰⁵ El marco normativo de cada país puede ser consultado a través de los informes, así como de la web del EITI y de la Web del propio país. Para disponer de información más detallada de cada país, véase los informes EITI y los informes de progreso de cada país a través de la página web del EITI: <https://eiti.org/es/paises>. Recuperado en mayo de 2021.

¹⁰⁰⁶ *Vide supra*, Capítulo 2.

continuación, se señalan algunas de las reformas legales más significativas. Unas están relacionadas directamente con los Requisitos del EITI, otras, aunque no tendrían una relación directa con el EITI, son destacables habida cuenta de que mejoran la gobernanza del sector extractivo:

- **Zambia.** En noviembre de 2017, el Gobierno de Zambia derogó la Ley de Empresas 388 y aprobó la nueva Ley de Empresas núm. 10. En esta se incluyó, entre otros aspectos, la divulgación de los beneficiarios reales y la creación de un registro de beneficiarios reales¹⁰⁰⁷.
- **Afganistán.** Con el propósito de cumplir e incorporar los Requisitos EITI, Afganistán modificó su Ley de Minerales para introducir aspectos relativos a la publicación de las licencias y contratos, la definición y divulgación de los beneficiarios reales, la inelegibilidad de las personas políticamente expuestas para ofertar o poseer una licencia, o la publicidad por parte del gobierno de los datos de producción y pago de la minería¹⁰⁰⁸.
- **Myanmar.** A través del informe de progreso 2018-2019, Myanmar anunció su propósito de promulgar una Ley EITI en un futuro, aunque realzaba la necesidad de aprobar un instrumento legal que regule la divulgación de los beneficiarios reales para el año 2020¹⁰⁰⁹.
- **Albania.** Este país ha promulgado una nueva ley para los trabajadores del sector. Entre otros aspectos, esta nueva ley establece beneficios económicos y de salud mínimos para los trabajadores de la industria del petróleo y el gas¹⁰¹⁰.
- **Camerún.** Se destaca la promulgación de la ley 2018/011, de 11 de julio de 2018, por la que se aprueba el Código de transparencia y buen gobierno en la gestión de las finanzas públicas en Camerún¹⁰¹¹.
- **Indonesia.** En el caso de Indonesia, debe realizarse la enmienda realizada a la Constitución de 1945. Antes de esta, la Constitución sólo hacía referencia a algunos derechos como la libertad de asociación y reunión, de expresión de

¹⁰⁰⁷ ZEITI, *Zambia Extractive Industries Transparency Initiative*, 10th Zambia EITI Report, 2019, p. 25.

¹⁰⁰⁸ AEITI, Annual Progress Report, 2020, p. 14.

¹⁰⁰⁹ MEITI, Myanmar EITI Annual Progress Report 2018-2019, 2019, p. 69. Si bien cabe destacar que en el momento de escribir el presente trabajo, Myanmar se encuentra suspendido temporalmente desde el 18 de febrero de 2021. Tras el golpe de Estado el 1 de febrero, el Consejo de la EITI concluyó que no era posible prever que la EITI funcionara en las circunstancias actuales. Véase: <https://eiti.org/myanmar>. Recuperado en enero de 2022.

¹⁰¹⁰ EITI Albania, *Extractive Industries Transparency Initiative in Albania. Report for the year 2016*, 2018, p. 36.

¹⁰¹¹ EITI Camerún, *EITI REPORT 2017*, 2020, p. 41.

pensamientos y de redacción (artículo 28¹⁰¹²). Sin embargo, esta reforma incluyó una referencia más amplia a otros derechos, en particular en el artículo 28F se incluyó “el derecho de toda persona a comunicarse y obtener información, y el derecho a buscar, obtener, poseer, almacenar, procesar y transmitir información empleando todos los tipos de canales disponibles¹⁰¹³”. De este modo, esta reforma ayuda a asegurar la realización del derecho de acceso a la información. Por otro lado, en marzo de 2018, el gobierno emitió el Reglamento Presidencial N° 13/2018 relativo a los Principios de Reconocimiento de Beneficiarios de Sociedades Anónimas en el Contexto de la Prevención y Erradicación de Delitos de Lavado de Activos y Terrorismo¹⁰¹⁴.

- **Kazajstán.** El país ha realizado reformas al Code of the Republic of Kazakhstan “On Subsoil and Subsoil Use” con el fin de divulgar a los beneficiarios reales¹⁰¹⁵.
- **Mongolia.** Dentro del alcance de la implementación del EITI Mongolia ha llevado a cabo reformas sobre diversas normas como la Ley de Minerales (2006), la Ley de energía nuclear (2009), la Ley del Petróleo (2014), la Ley de minerales con ocurrencias (2014), la Ley de infracciones (2017), la Ley de investigación y resolución de infracciones (2017) para mejorar la gobernanza del sector. Asimismo, se está trabajando para asegurar la transparencia de la información de los beneficiarios reales, así como para incluir algunas acciones que garanticen la transparencia en la industria¹⁰¹⁶. Además, el informe EITI de 2018 incluye en su marco normativo de aplicabilidad al sector, la Ley de 2011 sobre transparencia y el derecho de información¹⁰¹⁷ en relación con la transparencia de los contratos¹⁰¹⁸.
- **Ucrania.** Uno de los hitos más destacados de Ucrania fue la publicación, en 2018, de la Ley 2545-VIII, sobre la garantía de la transparencia en las

¹⁰¹² The 1945 Constitution of the Republic of Indonesia (texto antes de la enmienda). Disponible en: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/id/id048en.pdf>. Recuperado en mayo de 2021.

¹⁰¹³ Constitution of the Republic of Indonesia (last amended 2002). Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/46af43f12.html>. Recuperado en mayo de 2021.

¹⁰¹⁴ EITI Indonesia, EITI Indonesia Report, 2016, 2018, p. 14-15.

¹⁰¹⁵ EITI Kazakhstan, *Implementation of the extractive industry transparency Initiative in the Republic of Kazakhstan. National Report 2017*, 2018, p. 31.

¹⁰¹⁶ EITI Mongolia, *2018 EITI Report*, 2019, p. 6.

¹⁰¹⁷ Para más información véase Global Right to Information Rating en: <https://www.rti-rating.org/country-data/Mongolia/>.

¹⁰¹⁸ EITI Mongolia, 2018 EITI Report, 2019, p. 34. ,

industrias extractivas”, cuyo objetivo es mejorar el marco regulatorio para el EITI. Esta se encuentra pendiente de aprobar una serie de disposiciones que regulen ciertos procedimientos, establecidos por esta ley (por ejemplo, la forma de los informes, etc.)¹⁰¹⁹.

- **Tanzania.** Con el fin de cumplir con los Requisitos del EITI, Tanzania ha enmendado algunas de las leyes que regulan el sector como, por ejemplo: la Sección 25 de la Ley de Minería de 2010 para permitir que se adquiera y se publique información de empresas mineras, así como también la Sección 140 (1) de la Ley del Impuesto sobre la Renta (Cap. 332), que permite al Comité TEITI - MSG publicar información fiscal de las empresas extractivas¹⁰²⁰. Asimismo, igual que en el caso de Nigeria, ha promulgado la Ley de Industrias Extractivas de Tanzania (Transparencia y rendición de cuentas¹⁰²¹), cuyo objeto es el “establecimiento del Comité de Industrias Extractivas (Transparencia y Responsabilidad) para garantizar la transparencia y la rendición de cuentas en las industrias extractivas y atender otros asuntos relacionados¹⁰²²”.
- **Liberia.** En el informe de 2019, se remarcó que la Nueva Ley del Petróleo (2014) hace referencia a la política del Gobierno sobre la divulgación de contratos y licencias en su párrafo 64 en la XV Parte “Datos, información e informes; Acceso a la información¹⁰²³”.
- **Sierra Leone.** El Informe EITI 2015, subrayó que no se dispone de una política de divulgación de contratos, pero se remarcaba que el país está promoviendo disposiciones que aseguren la divulgación de los contratos, añadiendo que la Ley sobre el derecho de acceso a la información de 2013¹⁰²⁴ está en consonancia con dicho requerimiento¹⁰²⁵.
- **Ghana.** El informe de 2019¹⁰²⁶ señaló que no se dispone de una política de divulgación de contratos, y en ningún caso hace referencia a la Ley aprobada

¹⁰¹⁹ EITI Ukraine, *National Report of Ukraine 2017*, 2020, p. 269.

¹⁰²⁰ EITI Tanzania, *The 10th Report 2018*, 2020, p. 98.

¹⁰²¹ Véase The Tanzania Extractive Industries Act, 2015 . Disponible en <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/tan153762.pdf>. Recuperado en mayo de 2021.

¹⁰²² Para más información véase Natural Resource Governance Institute, *Tanzania's 2015 Extractive Sector Legislation: Recommendations for Effective Implementation, Briefing*, November 2016.

¹⁰²³ LEITI, *EITI Report for the year ended 30 June 2017 and 30 June 2018*, 2019, p. 48.

¹⁰²⁴ Para más información véase Global Right to Information Rating. Disponible en <https://www.rti-rating.org/country-data/Sierra%20Leone/>. Recuperado en junio 2021.

¹⁰²⁵ SLEITI, *2015 EITI Report*, 2018, p. 28.

¹⁰²⁶ GHEITI, *Final Report For 2017 & 2018 Oil and Gas Sector*, 2019, p. 37.

en 2019 sobre acceso a la información¹⁰²⁷, pero puntualizó que la Petroleum (Exploration and Production) Act, 2016 [Act 919] requiere el establecimiento de un registro público de los acuerdos del petróleo (artículo 56).

De este modo, con el objetivo de adecuarse y dar cumplimiento a los Requisitos, y en el camino para mejorar la gobernanza del sector, la lectura de los informes EITI ha mostrado que, poco a poco, los países implementadores del EITI están llevando a cabo reformas institucionales y legales en el marco que regula el sector extractivo. Si bien, como se va a mostrar a través del análisis de los casos de Nigeria y Colombia, el proceso de implementación, así como el grado de impacto sobre el marco normativo de cada país va a ser diferente en función de sus necesidades. Por ello, a continuación, se va a llevar a cabo un estudio del contexto normativo del sector extractivo en Nigeria y Colombia. Este análisis permitirá entender el punto de partida de cada uno de ellos, los intereses y las necesidades para adoptar el EITI, para después examinar las herramientas o procesos que podrían asegurar el cumplimiento del Estándar.

4.1.1 El contexto normativo del sector extractivo en Nigeria

El viaje hacia una nueva legislación de la industria petrolera que revisara el marco existente comenzó cuando el presidente Olusegun Obasanjo inauguró el Comité de Reforma de Petróleo y Gas (OGRC por sus siglas en inglés) el 24 de abril de 2000. Tras años de extensas consultas con las partes interesadas, y un diagnóstico profundo de los problemas existentes, el Ministerio de Recursos Petroleros desarrolló la Política Nacional del Petróleo y Gas (PNPG). Esta adoptó el compromiso de promover una nueva legislación que abordara una amplia gama de cuestiones, incluida la gobernanza del sector, el marco institucional, el régimen fiscal, la estructura corporativa de las empresas estatales, la transparencia, rendición de cuentas, así como cuestiones ambientales¹⁰²⁸.

En 2005, el gobierno constituyó el Comité de Implementación de Petróleo y Gas (CIPG) con el fin de desarrollar estrategias para la implementación del contenido de los documentos de la Política desarrollada. Dos años después, el Consejo Ejecutivo Federal, bajo la presidencia de Umaru Yar'Adua, aprobó la PNPG, y nuevamente

¹⁰²⁷ Para más información véase Global Right to Information Rating. Disponible en en: <https://www.rti-rating.org/country-data/Ghana/>. Recuperado en junio 2021.

¹⁰²⁸ Insights, *The National Petroleum Policy*, 2017. Disponible en: <https://home.kpmg/ng/en/home/insights/2017/08/the-national-petroleum-policy--npp-.html>. Recuperado en junio 2021.

estableció otro CIPG para transformar la PNPG en un documento legal viable e implementar reformas en el sector. Pero el proyecto de ley se estancó debido a desacuerdos sobre la distribución de las ganancias petroleras entre las empresas petroleras, las comunidades anfitrionas y la federación. Cuatro años después, el proceso comenzó de nuevo. En enero de 2012, el presidente Goodluck Jonathan creó un "grupo especial para acelerar la aprobación del proyecto de la *Petroleum Industry Bill* (PEIB)"¹⁰²⁹. A finales de 2016, Nigeria dio a conocer una hoja de ruta de la industria petrolera denominada "7 Big Wins". Esta hoja contenía metas específicas centradas en 7 áreas clave¹⁰³⁰. La primera hacía referencia al establecimiento de nuevas políticas, legislaciones y regulaciones¹⁰³¹.

Así, el principal objetivo de la PEIB era la reestructuración del sector con el fin de superar los desafíos que enfrenta el sector del gas y el petróleo y transformar esta industria en un sector eficiente que administre los recursos naturales de manera sostenible, que atraiga capital de inversión y optimice los ingresos del gobierno de la industria. Para facilitar la aprobación de la Asamblea Nacional, la PEIB, la cual ha pasado por cinco mandatos presidenciales, se dividió en cuatro proyectos de ley;

- *Petroleum Industry Governance Bill (PIGB)*¹⁰³²
- *Petroleum Industry Administration Bill (PIAB)*
- *Petroleum Industry Fiscal Bill (PIFB)*
- *Petroleum Host Community Bill (PHCB)*¹⁰³³

Se observa así, un largo viaje para aprobar uno de los proyectos más importantes para reformar el sector. En particular, el principal foco de discrepancias era la

¹⁰²⁹ NEITI, Policy Brief, *The Urgency of a New Action Points Petroleum Sector Law*, Issue 02 / october 2016, pp. 4-6.

¹⁰³⁰ Es resto de objetivos son: Facilitar el entorno empresarial y atraer inversores; Llevar a cabo una revolución del gas para estimular los efectos multiplicadores, incluida la creación de riqueza, la protección del medio ambiente y la creación de empleo; Rehabilitación integral y modernización de las refineras existentes; Reforzar los compromisos con las comunidades anfitrionas y lograr una militancia cero en la región del Delta del Níger; Conservar la transparencia y la eficiencia en la industria y automatizar el proceso comercial para dar cuenta de cada proceso en la cadena de valor del petróleo; Mantener un marco de gestión de partes interesadas sostenible y bien estructurado, cooperación bilateral y relaciones energéticas internacionales que aborden las necesidades y circunstancias particulares de la industria del petróleo y el gas.

¹⁰³¹ El marco regulatorio del sector en Nigeria puede ser consultado a través de los informes del EITI. Véase también: Compendium of oil and gas laws and regulations., DPR. Disponible en: <https://neiti.gov.ng/images/pdf/DPR-Compendium-of-Oil-Gas-Laws-Regulations.pdf> y <https://practiceguides.chambers.com/practice-guides/energy-oil-and-gas-2019/nigeria>. Recuperado en mayo 2021.

¹⁰³² PIGB. Disponible en: <http://www.petroleumindustrybill.com/wp-content/uploads/2018/04/Harmonised-Clean-Copy-of-Petroleum-Industry-and-Governance-Bill-2018.pdf>. Recuperado en mayo 2021.

¹⁰³³ En 2019 también se promulgó la *Deep Offshore and Inland Basin Production Sharing Contract (Amendment) Act* 2019. ¹⁰³³ La Ley de introduce algunos cambios clave, en resumen, la enmienda introduce disposiciones relativas al sistema de regalías, revisión periódica de 8 años de los Contratos de Producción Compartida y sanciones por incumplimiento de la Ley. Para más información véase: KPMG, *Deep Offshore and Inland Basin PSC (Amendment) Act*, 2019, KPMG in Nigeria, Issue 12.3 | December 2019. El conglomerado de leyes que regulan el sector extractivo está disponible en la web del NEITI: <https://neiti.gov.ng/index.php/neiti-legal-and-institutional-framework-contracts-and-licenses>. Así como a través del último Informe del NEITI de gas y petróleo. Disponible en <https://neiti.gov.ng/index.php/about-eiti>. Recuperado en mayo 2021.

Petroleum Industry Governance Bill (PIGB por sus siglas en inglés), que durante años ha estado pendiente de firma por parte del presidente de Nigeria¹⁰³⁴. Para poder entender este entramado, es interesante remarcar que históricamente ha existido una estrecha relación de los presidentes del gobierno con el sector extractivo¹⁰³⁵. De este modo, parece que los objetivos del proyecto de ley para abordar los problemas de sobrerregulación y la presencia dominante del gobierno en la industria planteaban grandes desafíos. En realidad, este largo proceso de 20 años no hacía más que mostrar las dificultades del país para transformar y actualizar el sector a los intereses de la comunidad, e incluso a las necesidades actuales del propio sector. Finalmente, en febrero de 2020, el Ministro del Petróleo anunció que esperaban que la PEIB fuera aprobada a mediados de ese mismo año¹⁰³⁶.

Durante este viaje, Nigeria se adhirió al EITI de forma voluntaria en 2003, convirtiéndose en el primer país africano en seguir el Estándar. Este fue aceptado como país candidato en septiembre de 2007, presentando su informe final de validación a la Junta del EITI en junio de 2010¹⁰³⁷ de conformidad con las Normas EITI¹⁰³⁸, es decir 7 años después de los primeros vestigios hacia la reforma del sector.

En 2011, fue uno de los primeros países en alcanzar el estatus de país cumplidor¹⁰³⁹. Con posterioridad, ha llevado a cabo dos procesos más de Validación, uno en 2016 y el otro en 2018¹⁰⁴⁰ (según este último proceso se destacó que Nigeria

¹⁰³⁴ A través de la siguiente web se contabilizan los días que han pasado desde que la PIGB fue aprobada por la asamblea nacional: The Cable, Petrobarometer. Disponible en: <http://petrobarometer.thecable.ng/2018/08/28/exclusive-buhari-rejects-pigb-says-it-whittles-down-his-power/>. Recuperado en mayo 2021.

¹⁰³⁵ Por ejemplo, el actual presidente, Muhammad Buhari, había sido también el Ministro de Petróleo. Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación: Ficha País: Nigeria, 2019. Disponible en: http://www.exteriores.gob.es/Documents/FichasPaís/NIGERIA_FICHA%20PAIS.pdf. Recuperado en mayo 2021.

¹⁰³⁶ CNBC Noticia: *UPDATE 2-Nigeria's petroleum bill to be passed by mid-2020, says oil minister*. Disponible en: <https://www.cnbc.com/2020/02/10/reuters-america-update-2-nigerias-petroleum-bill-to-be-passed-by-mid-2020-says-oil-minister.html>. Recuperado en mayo 2021. Finalmente, esta fue aprobada en agosto de 2021, ahora conocida con el nombre de Petroleum Industry Act 2021.

¹⁰³⁷ Véase: Synergy Global Consulting Ltd y The IDL Group, *Validation of the Extractive Industries Transparency Initiative in Nigeria. Final Report*, 2010.

¹⁰³⁸ Las Normas del EITI de 2011 fueron reemplazadas por el Estándar EITI. Para más información véase, EITI, *EITI Rules*. Disponible en: <https://eiti.org/document/eiti-rules>. Recuperado en abril 2021. Véase también una descripción general de los cambios en: EITI, The 2011 edition of the EITI Rules, disponible en: <https://eiti.org/news/2011-edition-of-eiti-rules>. Recuperado en abril 2021.

¹⁰³⁹ Véase: Country status against the EITI Rules (2007-2016). Disponible en: <https://eiti.org/countries-archive>. Recuperado en abril 2021. Es necesario aclarar que los anteriores Estándares a 2019 diferenciaban dos grupos de países implementadores: Candidatos y Cumplidores del EITI. Para ser Cumplidores del EITI, los países que implementan la iniciativa debían demostrar a través de la Validación que han cumplido todos los requisitos del EITI. *Standard EITI 2016*, p. 13

¹⁰⁴⁰ Información sobre el proceso de Validación 2016 y 2018 en <https://eiti.org/board-decision/2017-02#nigerias-progress-by-requirement>. Recuperado en abril 2021.

había llevado a cabo un progreso satisfactorio en general con la implementación del Estándar EITI¹⁰⁴¹).

El impulso inicial para la implementación del EITI en Nigeria está relacionado con un período significativo, es decir, el proceso de democratización de Nigeria. En el transcurso de tres meses (de diciembre de 1998 a febrero de 1999), Nigeria tuvo cuatro rondas de elecciones¹⁰⁴². Al final de las elecciones presidenciales, el jefe Olusegun Obasanjo del *People's Democratic Party* (PDP por sus siglas en inglés) fue declarado ganador y presidente de Nigeria. Este gran logro empezó a generar expectativas, tanto a nivel nacional como internacional, de incidir en aspectos, entre otros, como el alivio de la deuda o la transparencia del sector petrolero. De este modo, en 2004 fue adoptada la *Nigeria Extractive Industry Transparency Initiative* (NEITI por sus siglas en inglés¹⁰⁴³), cuyo objetivo sería la mejora de la transparencia para reducir la corrupción, así como la mejora de la gestión del sector público y la gestión de las finanzas públicas¹⁰⁴⁴.

Así, las citadas reformas enmarcan dos aspectos de la PIGB que podrían ser acordes con la naturaleza del EITI. En primer lugar, se ha de tener en cuenta que esta hace referencia a los aspectos relativos a la gobernanza, y por lo tanto, no determina aspectos fiscales como los impuestos o las regalías¹⁰⁴⁵. Sus objetivos clave incluyen promover la administración transparente de los recursos petroleros; permitiendo un único regulador industrial independiente; crear un ambiente propicio para las operaciones petroleras; desagregar la NNPC en entidades comerciales eficientes; reducir los poderes del ministro de los recursos petroleros; y redefinir y delinear los

¹⁰⁴¹ Está previsto que Nigeria sea revalidada próximamente en febrero de 2022, y evaluada respecto el Requisito 2.5 sobre los beneficiarios reales en enero de 2021. Véase EITI, Validation decisions and Schedule. Disponible en: <https://eiti.org/validation-decisions-schedule>. Recuperado en abril 2021.

¹⁰⁴² Estas fueron las elecciones del consejo del gobierno local del 5 de diciembre de 1998, la Cámara de la Asamblea estatal y las elecciones de gobernador del 9 de enero de 1999, las elecciones de la Asamblea Nacional del 20 de febrero de 1999 y las elecciones presidenciales del 27 de febrero de 1999. Shola Omotola, J., "Elections and democratic transition in Nigeria under the fourth republic" en *African Affairs*, 109/437, 2010, p.543.

¹⁰⁴³ *Brief History of NEITI*. Disponible en: <https://neiti.gov.ng/index.php/aboutus/brief-history-of-neiti>. Recuperado en mayo 2021.

¹⁰⁴⁴ Scanteam, *Achievements and strategic Options: Evaluation of the Extractive Industries Transparency Initiative*, 2011, p 9.

¹⁰⁴⁵ La PIGB prevalecerá sobre cualquier ley existente incluidas las disposiciones de la Petroleum Act, the Oil Pipelines Act, Hydrocarbon Oil Refineries Act y la Companies and Allied Matters Act en la medida que existan inconsistencias entre la PIGB y cualquiera de esas leyes. Esta también deroga las siguientes leyes: Petroleum Products Pricing Regulatory Agency (Establishment) Act, Petroleum Equalisation Fund (Management Board) Act, Cap P11, LFN 2004, Nigerian National Petroleum Corporation Act Cap P43, LFN 2004, Nigerian National Petroleum Corporation (Projects) Act, Cap N124, LFN 2004, y Nigerian National Petroleum Corporation Amendment Act, Cap N123, LFN 2004. Templars: The Petroleum Industry Governance Bill, 2017, p. 6. Disponible en: <https://www.templars-law.com/wp-content/uploads/2017/06/Petroleum-Industry-Governance-Bill.pdf>. Recuperado en mayo de 2021.

roles y responsabilidades de las instituciones en toda la cadena de valor¹⁰⁴⁶. De conformidad con lo anterior, se ha manifestado que estos objetivos vinculan a todas las agencias y empresas con las disposiciones del EITI en el desempeño de sus responsabilidades. A este respecto, el NEITI alegó que el anterior Proyecto de Ley de la Industria del Petróleo sí estipulaba específicamente que todos los procesos en el petróleo y el gas deberían guiarse por el EITI. En cambio, considera que esta condición no se muestra en la actual redacción de la PIGB, y por lo tanto, se ha manifestado que la Cámara de Representantes debería realizar la correspondiente corrección”¹⁰⁴⁷.

En segundo lugar, es altamente interesante el compromiso que establece la norma de aumentar la participación de los interesados en la promulgación de reglamentos. Es decir, en un intento por prevenir la aplicación y la implementación de regulaciones impopulares, y para prevenir la obstaculización de los poderes de la Comisión, establece que los reglamentos promulgados por la Comisión de conformidad con la ley estarán sujetos a audiencias públicas (disposición 8.2 PIGB).

La presentación del contexto normativo del sector extractivo en Nigeria muestra así, un proceso lento y arduo en la mejora de la gobernanza del sector extractivo. No obstante, se observa que el país, poco a poco, ha ido trabajando para adoptar un marco normativo que permita mejorar la transparencia y la publicidad activa por parte del gobierno.

4.1.2 El contexto normativo del sector extractivo en Colombia

Colombia cuenta con un amplio marco normativo del sector extractivo. El antecedente más importante del conglomerado de leyes que dispone en esta materia es el Código de Petróleo (Decreto 1056 de 1953), en el que se establecen orientaciones para el funcionamiento del sector, concretamente en relación con las condiciones contractuales que rigen el desarrollo de esta actividad. Con posterioridad se adoptó la

¹⁰⁴⁶ En particular sus objetivos son: “(a) crear instituciones de gobierno eficientes y efectivas con roles claros y separados para la industria petrolera; (b) establecer un marco para la creación de entidades petroleras orientadas comercialmente y con fines de lucro para asegurar el valor agregado y la internacionalización de la industria petrolera; (c) promover la transparencia y la rendición de cuentas en la administración de los recursos petroleros de Nigeria; y (d) fomentar un entorno empresarial propicio para las operaciones de la industria petrolera. Texto conforme al Proyecto de Gobierno de la Industria del Petróleo aprobado por el Senado en 2017. Disponible en: <http://www.petroleumindustrybill.com/wp-content/uploads/2018/04/Harmonised-Clean-Copy-of-Petroleum-Industry-and-Governance-Bill-2018.pdf>. Recuperado en mayo de 2021.

¹⁰⁴⁷ En particular, el director de comunicaciones, Ogbonnaya Orji, afirmó que la Ley no había incluido ninguna disposición específica de que los principios NEITI están consagrados en el proceso de gobernanza. The Nation noticias: *NEITI alleges 'fundamental error' in PIGB*, 2017. Disponible en: <https://thenationonlineng.net/neiti-alleges-fundamental-error-pigb/>. Recuperando en mayo 2021.

Ley de 1969 y el Decreto Ley 2310 de 1974¹⁰⁴⁸, los cuales introdujeron modificaciones y ajustes en materia contractual, y pasaron a ser la base de la legislación petrolera en Colombia hasta su reforma a mediados de los años noventa, momento en el que se marcó un rol más protagonista del Estado. La Ley 20 de 1969¹⁰⁴⁹ estableció en su artículo 1 que “todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros [...]”. Esta estipulación se aplicará de igual forma a los yacimientos de hidrocarburos” (artículo 13). En este periodo, la administración de los hidrocarburos quedaría a cargo de Ecopetrol, la cual decidiría la explotación o exploración de manera directa o bajo la figura de “asociación¹⁰⁵⁰”. En este contexto, se ha de poner de relieve que Ecopetrol es la única empresa con participación estatal, y que hasta 2001, tenía funciones de regulador y comercializador de petróleo y sus derivados. No obstante, en 2003, con la aprobación del Decreto 1760, se modificó su estructura orgánica y se liberó de las funciones del Estado como administrador del recurso petrolero¹⁰⁵¹, así Ecopetrol se convertía en un agente más del mercado, trasladándose las funciones de regulación y administración a la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH)¹⁰⁵².

En la década de los 90, este modelo volvería a transformarse, y el Estado empezaría a perder cierto protagonismo. Es en este período que se promulga la Constitución Política (CPL) de 1991, la cual reforzó la idea de velar por el adecuado uso de los recursos naturales no renovables, al establecer diversos preceptos para la normativa sectorial (arts. 332, 360, 361)¹⁰⁵³. Esta se encuentra complementada por un conjunto de leyes, decretos y resoluciones que reglamentan el sector en aspectos fundamentales como la asignación de áreas o títulos (régimen contractual), la fiscalización de la

¹⁰⁴⁸ Esta ley establece que, en los contratos de asociación, el Estado reciba una regalía del 20,0% de la producción, independientemente del tamaño del yacimiento. El 80,0% restante se divide en partes iguales entre Ecopetrol y el Asociado.

¹⁰⁴⁹ Derogado por el Artículo 325 del Decreto 2655 de 1988. Excepto Artículos 1 y 13.

¹⁰⁵⁰ Una figura contractual asociativa que establecería un “modelo mixto de gestión de hidrocarburos en el que actúan empresas estatales y privadas con cierta predominancia estatal. Campodónico, Humberto. “Gestión Mixta y Privada en la industria de Hidrocarburos”. División de Recursos Naturales a Infraestructura Proyecto CEPAL/GTZ, en Serie *Revisa NEITI alleges 'fundamental error' in PIGB*, núm. 122. Santiago de Chile, abril de 2007. Para más información sobre la historia de Ecopetrol, véase: www.ecopetrol.gov.co. Recuperado en mayo de 2021.

¹⁰⁵¹ Serna Gómez, Humberto, *Caso Ecopetrol. De la planeación a la ejecución, un proceso estratégico. periodo 2001-2010*, Grupo SUMAR, Centro de Investigación CIDE, 2015, pp. 8, 39.

¹⁰⁵² Ecopetrol sigue manteniendo los derechos sobre la producción en aquellas áreas que ya se encontraban contratadas.

¹⁰⁵³ Artículo 332, CPL de 1991: “El Estado es propietario del subsuelo y los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.”; Artículo 360, CPL de 1991: “La explotación de un recurso natural no renovable causará a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte.”; Artículo 361, CPL de 1991: “Los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones.”

producción, la liquidación y recaudo de regalías y las compensaciones, la distribución y transferencia de los ingresos, el medio ambiente y la inversión social¹⁰⁵⁴.

En 2003 las reservas probadas de petróleo en Colombia fueron de 1.500 MMB (millones de barriles), lo que posicionó al país en el quinto lugar, según los datos del sector en América Latina, después de Venezuela, México, Brasil y Argentina. Unas reservas que habían descendido desde 1993 (3.600 MMB). Este hecho alarmó a las autoridades que empezaron a estimular una serie de cambios en la legislación¹⁰⁵⁵. Ya en 2002, se adoptó la Ley N° 756, que modificaba el sistema de regalías¹⁰⁵⁶. La modificación más relevante se produjo en 2003 con la promulgación del Decreto Ley 1760, derogando todas aquellas leyes que le fueran contrarias, “en especial el Decreto Ley 0030 de 1951 y el Decreto Ley 2310 de 1974”. Una ley que no contempló modificaciones contractuales específicas, pero que al derogarse el Decreto Ley 2310 de 1974 quedó abierta la posibilidad de cualquier modalidad de contrato (incluso la concesión, abolida por la ley 310).

Se muestra así, como la industria extractiva en Colombia está regulada por una extensa normativa que busca, según se ha remarcado, establecer unos aspectos técnicos, ambientales, económicos y sociales de conformidad con la Constitución Nacional y los tratados internacionales suscritos por el país, a la vez que lograr la expresión de un pacto social que permita tener legitimidad entre las comunidades donde se realizan las operaciones mineras y de hidrocarburos¹⁰⁵⁷. Este marco se encuentra dividido en dos subsectores, dadas las diferencias en su caracterización, el de la minería¹⁰⁵⁸ y el de los hidrocarburos¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁴ Para conocer el marco normativo de manera extensa véase: el Informe EITI-Colombia 2013. Para más información véase también Velásquez Carrillo, Fabio E. (coord.), *El sector extractivo en Colombia, Fundación Foro Nacional por Colombia*, 2011; Campodónico, Humberto, *Reformas e inversión en la industria de hidrocarburos de América Latina*, Cepal, 2004.

¹⁰⁵⁵ Campodónico, Humberto, *Reformas e inversión en la industria ...op.cit.*, p. 56. La reforma se basó en tres pilares esenciales: i) eliminar la función regulatoria de Ecopetrol para que esta pudiera centrarse exclusivamente en sus operaciones como empresa petrolera (Ecopetrol es la única empresa de este sector que tiene participación estatal). Su estructura orgánica a una sociedad pública por acciones fue modificada por el Decreto 1760 de 2003; ii) crear la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), cuyo objetivo sería la gestión de las reservas nacionales a favor del estado propietario, y iii) abrir a la competencia entre empresas privadas y de propiedad estatal de los territorios con reservas petroleras, bajo la supervisión de la ANH.

¹⁰⁵⁶ Se aumentó el límite inferior, la regalía mínima era del 8,0% (y no del 5,0%) para los campos con una producción de hasta 5.000 barriles diarios.

¹⁰⁵⁷ Informe EITI Colombia, 4ª Edición. Marco Legal y Régimen Fiscal. Versión Online, 2017. Disponible en: <http://www.eiticolombia.gov.co/es/informes-eiti/informe-2017/marco-legal-y-regimen-fiscal/>. Recuperado en junio 2021.

¹⁰⁵⁸ La administración del sector minero está a cargo de la Agencia Nacional de Minería (ANM), entidad creada mediante Decreto 4134 de 2011.

¹⁰⁵⁹ La administración del sector de hidrocarburos es responsabilidad de la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), la cual se creó mediante Decreto 1760 de 2003 y se reformó posteriormente mediante los Decretos 4137 de 2011 y 714 de 2012. Para conocer toda la legislación aplicable al sector extractivo, véase el Informe EITI Colombia, 5 Edición. Versión online. Disponible en: <http://www.eiticolombia.gov.co/es/informes-eiti/informe-2018/marco-legal-y-regimen-fiscal/marco-normativo-del-sector->

Teniendo en cuenta lo anterior, y de conformidad con el objeto de estudio, dentro del extenso elenco de normas del sector de los hidrocarburos, se destaca la Ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional 2014 y otras disposiciones¹⁰⁶⁰ y la Resolución 40796 de 2018: por medio de la cual se adopta la Política de Derechos Humanos del Sector Minero Energético¹⁰⁶¹ (esta se compromete a asegurar el cumplimiento de los compromisos del sector relacionados con la adhesión al EITI). No obstante, llama la atención que no haya referencia alguna a cuestiones relativas al derecho a la consulta previa y por consiguiente a la Ley 21 del 4 de marzo de 1991¹⁰⁶², si se tienen en cuenta que el Censo Nacional de Población y Vivienda 2018 de Colombia, identificó 15 pueblos indígenas¹⁰⁶³ (Filipinas por ejemplo ha incluido estas referencias dentro de su marco normativo¹⁰⁶⁴). A lo anterior, se ha de sumar que de las cinco áreas que la ANH definió como especiales, cuatro afectan directamente a territorios indígenas, entre otras, la cuenca Sinú, la cuenca Chocó, y la cuenca César Ranchería¹⁰⁶⁵.

[de-hidrocarburos/](#). Recuperado en mayo de 2021 y la web de la ANH. Disponible en: <https://www.anh.gov.co/la-anh/Paginas/Normatividad.aspx>. Recuperado en mayo de 2021.

¹⁰⁶⁰ Disponible en: Ley 1712 de 2014

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=56882>. Recuperado en mayo de 2021.

¹⁰⁶¹ Resolución 40796, Por medio de la cual se adopta la Política de Derechos Humanos del Sector Minero Energético, 2018. Disponible en: https://www.minenergia.gov.co/documents/10180/23517/47905-res_40796_010818.pdf. Recuperado en mayo de 2021.

¹⁰⁶² El Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales entró en vigor en Colombia el 6 de agosto de 1992 mediante la Ley 21 del 4 de marzo de 1991.

¹⁰⁶³ En el Censo General 2005 se habían identificado 93 pueblos indígenas nativos. Los 22 pueblos adicionales de 2018 corresponden a nuevos reconocimientos étnicos o pueblos indígenas de zonas fronterizas. Dane, *Población indígena de Colombia. Resultados del censo nacional de población y vivienda 2018*, 2019, p. 18

¹⁰⁶⁴ Ph-EITI, *Forging New Frontiers: The Fifth PH-EITI Report 2017*, 2018, p. 3.

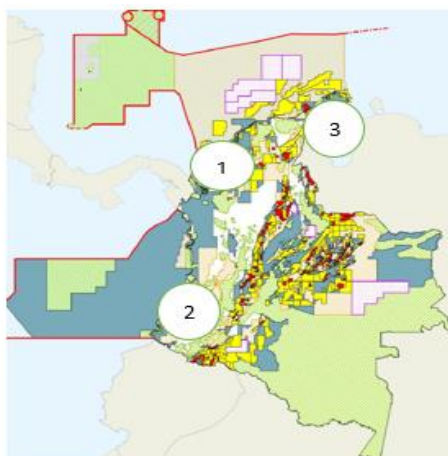
¹⁰⁶⁵ Se refiere a aquellas áreas donde la ANH va a invertir recursos en adquisición sísmica y realizar estudios especiales con el propósito de continuar con las actividades de exploración y explotación de reservas de petróleo y gas en el país tanto en cuencas maduras como en áreas de frontera. Velásquez Carrillo, Fabio E. (coord.), ...*op.cit.*, p. 91.

Véase las siguientes imágenes:

Ilustración 1.9 Territorios de los pueblos indígenas en Colombia 2017¹⁰⁶⁶



Ilustración 1.10 Mapa de tierras¹⁰⁶⁷



En resumen, todo lo anterior muestra que, a diferencia de Nigeria, Colombia, con carácter previo a la adhesión al EITI, contaba con una tradición legislativa más antigua y amplia del sector. No obstante, esto no se había traducido en un correcto nivel de gobernanza. Por ello, tras las múltiples presiones por parte de las ONG, finalmente Colombia anunció su compromiso de unirse al EITI en la 6a Conferencia Global del EITI en Sídney (mayo de 2013¹⁰⁶⁸). Se mostraba así el propósito de iniciar un nuevo camino hacia la transparencia y la mejora de la gobernanza del sector. Ese mismo año, Colombia inició el proceso de preparación e implementación de la candidatura EITI, el cual finalizó en octubre de 2014, cuando el Consejo del EITI aceptó formalmente al país como Miembro Candidato, después de verificar el cumplimiento de los correspondientes requisitos del Estándar (Requisito 1: declaración pública e inequívoca de su intención de implementar la iniciativa del EITI; nombramiento de un alto dirigente para liderar la implementación de la iniciativa; compromiso a trabajar

¹⁰⁶⁶ Geoactivismo. Disponible en: <https://geoactivismo.org/>. Recuperado en mayo de 2021.

¹⁰⁶⁷ Agencia Nacional de Hidrocarburos, en <https://www.anh.gov.co/>. Recuperado en mayo de 2021. Nota: 1 Cuenca Sinú; 2 Cuenca Chocó; 3 César Ranchería.

¹⁰⁶⁸ EITI Colombia, *Formulario de solicitud de Candidatura al EITI*, 2014, p. 4.

con la sociedad civil y las empresas¹⁰⁶⁹, formación del grupo de multipartícipes; y adopción de un plan de trabajo). En 2017, Colombia solicitó una validación anticipada del Consejo del EITI (la fecha inicial debía haber sido julio de 2018). A finales de ese mismo año, el Consejo del EITI acordó que el proceso de validación según el Estándar EITI del 2016 comenzaría el 1 de enero de 2018.

4.2 El derecho de acceso a la información como mecanismo para asegurar el cumplimiento del EITI

Todo lo expuesto hasta ahora ha evidenciado que los países están centrando sus esfuerzos para adaptarse a los Requerimientos del EITI y mejorar su transparencia a través de la aprobación o revisión de la normativa existente. No obstante, la lectura de los informes EITI y los informes de Validación, han planteado otras dudas en caso de que la información requerida por el EITI no sea accesible a través de la publicidad activa, incluso existiendo normas que permitan la divulgación y aseguren la transparencia. Es decir, ¿qué sucederá en los casos en que la información relativa al EITI no esté disponible a través de su publicación proactiva por parte de las instituciones? ¿Deberían poder los ciudadanos solicitar esta información¹⁰⁷⁰? Los informes EITI de los países implementadores muestran que no siempre la información requerida es divulgada. Prueba de ello son los informes de Validación analizados anteriormente (Nigeria y Colombia¹⁰⁷¹). O por citar otro ejemplo, puede tenerse en cuenta el último informe de la República Dominicana. En este el administrador independiente realizó que no todos los contratos se encuentran disponibles al público en la web del Ministerio de Energía y Minas, y por consiguiente, recomendaba establecer los mecanismos oportunos para cumplir con el Estándar¹⁰⁷². O, también surge la duda de si aunque la información es divulgada ¿deberían poder los ciudadanos solicitarla de manera previa a la publicación del informe? Recuérdese que la información debe ser oportuna, y a la vista está que en ocasiones esta se presenta reiteradamente con significativas dilaciones¹⁰⁷³, por lo que la divulgación sistemática

¹⁰⁶⁹ De esta manera se creó el Comité Tripartita Nacional, que incluía a tres representantes de la sociedad civil. En particular, las ONG Transparency International y RWI / NRGI, tuvieron una gran influencia en el proceso colombiano del EITI.

¹⁰⁷⁰ Se han observado casos en los que la información requerida no es divulgada. Véase infra, nota 1170.

¹⁰⁷¹ *Vide supra*, 3. La transparencia en el marco del EITI.

¹⁰⁷² EITI República Dominicana, *Informe de cotejo del Administrador independiente 2017-2018*, 2020, p. 65.

¹⁰⁷³ Puede encontrarse muestra de ello a través de la web del EITI. Disponible en: <https://eiti.org/es/paises>. Recuperado en abril de 2021.

adquiere una gran notabilidad¹⁰⁷⁴. También se ha detectado que en ocasiones la información se presenta o se encuentra disponible en formatos, en lugares o en idiomas que no garantizan que todos los ciudadanos pueden acceder o hacer uso de ella¹⁰⁷⁵.

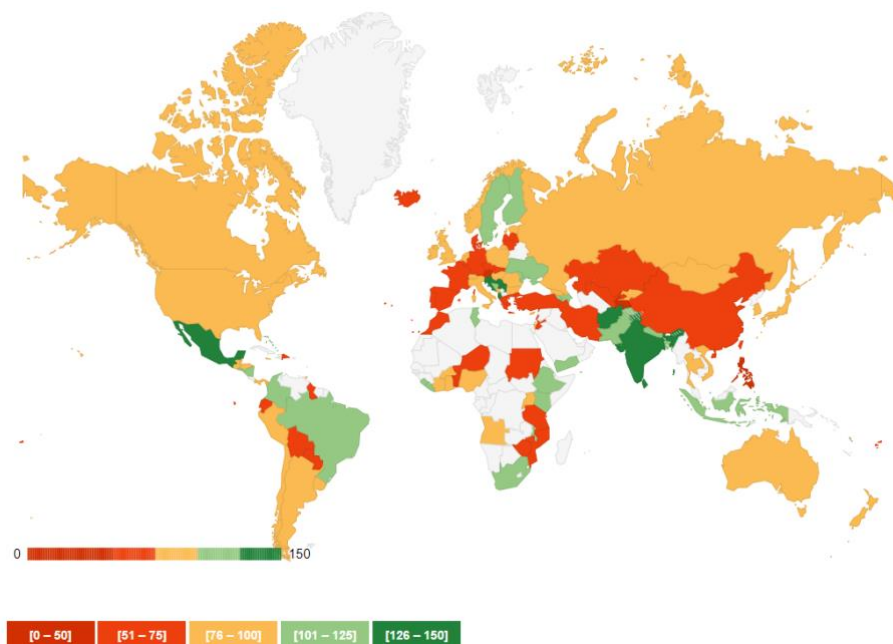
Así, ante la necesidad de determinar si los propios mecanismos del Estado pueden garantizar la seguridad jurídica ante este instrumento de *soft law*, y teniendo en cuenta todo lo expuesto hasta ahora, parece obvio plantear la hipótesis de que la ley de transparencia y acceso a la información es el instrumento idóneo para ayudar a asegurar el cumplimiento del EITI, pero también para mejorar su eficacia. No obstante, también debe plantearse la pregunta de si ¿los marcos normativos que regulan el sector aseguran el acceso a la información, y por lo tanto, no entran en conflicto con las leyes de transparencia? Sin embargo, como se verá a continuación, no todos los países tienen en cuenta estas leyes de transparencia dentro del marco normativo de aplicación en relación con el EITI, e incluso, hay países que no disponen de ellas¹⁰⁷⁶. Finalmente, también surgen dudas sobre ¿qué sucederá incluso si existe una ley de transparencia y de acceso a la información, pero esta contiene disposiciones que establecen excepciones al acceso a la información requerida por el EITI de acuerdo con argumentos como la seguridad nacional o los intereses económicos y comerciales? O ¿qué sucederá si el derecho de acceso no presenta garantías de que pueda ser ejercitado con efectividad por parte de los ciudadanos? Como se observa en la ilustración 1.11 la calidad de este derecho difiere a nivel global entre los países.

¹⁰⁷⁴ *Vide supra*, 3.2.2 Evolución y modificaciones del EITI.

¹⁰⁷⁵ *Vide infra*, 4.3.2 La política de datos abiertos

¹⁰⁷⁶ Algunos de los países implementadores del EITI ya incluyen referencias sobre estas leyes en el marco normativo que regula el sector extractivo, como se observará en el caso de Colombia.

Ilustración 1.11 Mapa global de calificación del derecho a la información 2019



Fuente: Global Right to Information Rating¹⁰⁷⁷

Las anteriores cuestiones ponen en evidencia, que los países todavía no han alcanzado un grado máximo de transparencia, y que, por lo tanto, todavía existen limitaciones de acceso a la información que provocan restricciones de uso a las personas interesadas, dificultan la creación de espacios de debate, y coartan la rendición de cuentas. Aunque, muchos podrán pensar que no es tarea de esta iniciativa dictar el proceso o los compromisos que los países deben adoptar para llegar a un determinado resultado, y que esta ambición podría ser negligente para el éxito del EITI, esta investigación plantea la cuestión de si de alguna manera el EITI, podría formalmente alentar a los Estados (en particular, a los grupos de trabajo a través de los planes nacionales) para que incluyan este derecho como elemento transversal en la implantación para asegurar el cumplimiento de los Requisitos del EITI. De este modo, el EITI podría tomar el Convenio de Aarhus, como punto de partida¹⁰⁷⁸.

Si bien, surge la pregunta de si el contenido del derecho de acceso a la información tiene cabida en la configuración actual del EITI. Para ello, se plantea la transparencia

¹⁰⁷⁷ El puntaje total es de un máximo de 150 puntos. Para cada indicador, los países obtienen puntos dentro de un rango establecido en función del grado de calidad del marco legal de conformidad a 6 categorías, a saber: derecho de acceso, alcance, Procedimientos de solicitud, excepciones y denegaciones, apelaciones, sanciones y protecciones y medidas de promoción. Para más información véase, The RTI Rating. Disponible en <https://www.rti-rating.org/>. Recuperado en abril 2021.

¹⁰⁷⁸ Véase Convenio de Aarhus, artículos 4 y 5. Véase Anexo 6.

como divulgación de información en un modelo de comunicación lineal¹⁰⁷⁹ (poniendo el foco no en la vertiente activa de la libertad de información, sino desde la perspectiva del derecho a recibir información), en el que podrían tenerse en cuenta los elementos básicos sobre los que se construye toda estructura de comunicación; *el emisor, el receptor y el mensaje*. Si transponemos estos elementos a términos jurídicos diremos que: el emisor sería el sujeto activo del derecho (la persona que lo ejerce); el receptor sería el sujeto pasivo del derecho (entendiéndolo como la persona que recibe un beneficio del ejercicio de este derecho); y el mensaje sería el objeto del derecho («lo transmitido»)¹⁰⁸⁰.

En particular, en relación con el mensaje, podría decirse que los principios sobre el derecho de acceso a la información o las obligaciones impuestas al Estado por este derecho, no se encuentran recogidas explícitamente en el EITI a pesar de que su contenido sería respetuoso con él. De este modo, aunque el EITI no fue diseñado como un instrumento para promover este derecho se plantea si los siguientes principios se encuentran actualmente plasmados en el Estándar¹⁰⁸¹:

- Principio de transparencia:

Todos los datos y la información que posee la administración pública están disponibles para los ciudadanos sin obstáculos, libre de toda manipulación, y además es completa, oportuna y entendible para todos.

El objetivo del EITI es fortalecer los sistemas de los gobiernos y empresas, aportar información al debate público y promover el entendimiento. Para ello, exige la divulgación de información a lo largo de la cadena de valor de la industria extractiva. Por lo que, el país que quiera ser cumplidor conforme al Estándar deberá cumplir los requisitos de transparencia y rendición de cuentas. De este modo, el principio de transparencia se encuentra en el propio ADN del Estándar.

¹⁰⁷⁹ Fenster, M., “Transparency in search of a theory” en *European Journal of Social Theory*, 18(2), 2015, p. 154.

¹⁰⁸⁰ El mensaje, es el objeto de este derecho y hará referencia al conjunto de hechos que puedan considerarse como noticiables. Estos tendrán una trascendencia pública y serán necesarios para la participación real de los ciudadanos en la sociedad. Bustos Gisbert, Rafael, “El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 85, 1994, pp. 270-284.

¹⁰⁸¹ Para más información sobre los principios véase: Federación Española de municipios y provincias, *Comentarios sobre aspectos clave en materia de acceso a la información pública*, Aranzadi, 2017.

- Principio de máxima publicidad:

Supone la obligación del Estado de publicar la mayor cantidad de información que tiene a su resguardo a fin de que el ciudadano la tenga a su disposición, sin necesidad de iniciar un trámite de solicitud.

Como se ha expuesto con anterioridad, el EITI espera que la divulgación sistemática se convierta en la expectativa por defecto¹⁰⁸². No obstante, se ha de recordar que no todas las estipulaciones tendrían el mismo “grado de obligatoriedad”, por lo que podría decirse que “el EITI no estaría fomentando la publicidad de la mayor cantidad de información que el gobierno tiene a su resguardo”.

- Principio de calidad de la información:

Toda persona tiene el derecho de recibir información que no haya sido manipulada o que sea incompleta o poco clara.

A través del proceso de Validación, el EITI evalúa el desempeño, el grado de implementación, y si esta se ha realizado en línea con las disposiciones del Estándar. En particular, se destaca, a través de la disposición 4.9 del EITI, el requerimiento al Validador para que documente si “realizó un examen de los procedimientos de auditoría y aseguramiento de las empresas y entidades gubernamentales que participan en la presentación de información relativa al EITI¹⁰⁸³”.

- Principio de facilidad de acceso a la información:

Toda persona tiene la posibilidad de acceder a los archivos públicos sin obstáculos y obtener una información entendible.

Principalmente, el medio utilizado para publicar los datos y la información cualitativa es a través de la web del EITI o en la web del EITI del país. En este sentido, es importante cómo la política de datos abierta del EITI insta a los países a considerar las diferentes necesidades de acceso. Este aspecto es importante si se tiene en cuenta la problemática de la brecha digital, en tanto la publicación en la web no asegura que todas las personas puedan tener acceso a esta. Por otro lado, también se ha de remarcar que no existe obligación de que el país facilite un proceso para solicitar más información o presentar dudas sobre el significado de la misma. En cualquier caso, la web suele tener un punto de contacto a través del cual se podría solicitar dicha

¹⁰⁸² Vidre *supra*, 3.2.2 Evolución y modificaciones del EITI.

¹⁰⁸³ EITI, *Guía para la Validación*, 2019, p. 26.

información. El grado de respuesta, efectividad y, posibilidad de obtener la información solicitada deberá probarse en cada caso.

- Principio de ámbito limitado de excepciones:

Se concibe el acceso como obligación y el límite como una excepción.

Con independencia del grado de obligatoriedad de cada disposición, el EITI aboga por la publicación de cada una de ellas. Por consiguiente, en cuanto a la información requerida por el EITI no existen limitaciones, sino que la existencia de restricciones estará establecida, en todo caso, por la legislación de cada país. En este sentido, cada país debería llevar a cabo las correspondientes reformas que permitan adecuarse a los Requisitos del Estándar.

- Principio de gratuidad y mínima formalidad:

El procedimiento de acceso debe ser gratuito o a precios razonables que no disuadan a la población a iniciar la solicitud.

En la web del EITI, y de cada país en particular, puede encontrarse información destacable de conformidad con los Requisitos, así como en los informes EITI de los países, entre otros documentos. No se ha detectado el pago en ninguna de las webs visitadas de los países. Si bien, este punto podría resaltarse en la política de datos abiertos, con el fin de asegurar que los países no establecen limitaciones en este sentido.

De conformidad con lo expuesto, parece que nada impediría al EITI sentar las bases para iniciar un ejercicio que permita articular su papel como catalizador para fomentar y asegurar la libertad de información y el ejercicio del derecho de acceso a la información, sino todo lo contrario, ya que dispone de elementos necesarios para dirigir los Requisitos en ese sentido. El objetivo no es otro que asegurar, a través de sus Principios y Requisitos, que los Estados alcancen la consagración normativa de este derecho y propicien su protección de manera efectiva, a la vez que asegurar que las autoridades encargadas velen por su efectividad.

4.2.1 El derecho de acceso a la información en los países implementadores del EITI

Aunque el acceso a la información trasciende a todos los sectores de la sociedad, su importancia para la democracia no empezaría a visibilizarse hasta finales del siglo XX, cuando los países con tradición democrática lo empezaron a establecer como un derecho plenamente garantizado a través de reformas constitucionales y la aprobación de legislación específica. Un reconocimiento, que, en todo caso, se atisba de forma diversa entre los países¹⁰⁸⁴.

No es objeto de esta tesis abrir un estudio sobre las leyes de transparencia y sobre el derecho de acceso a la información de cada país o si estas son efectivas (si bien como hasta ahora se examinarán los casos de Nigeria y Colombia). Sin embargo, sobre este particular, se ha considerado pertinente llevar a cabo una primera aproximación general para conocer si los países implementadores tienen en sus marcos normativos leyes que regulen este derecho, si no las tienen, o si en caso de tenerlas, estas han sido aprobadas con posterioridad a la implementación del EITI ¿Podría establecerse algún tipo de nexo causal entre el EITI y la adopción de esta normativa? Este primer análisis

¹⁰⁸⁴ Son muchos los países que todavía no reconocen este derecho como un derecho humano, como es por ejemplo el caso de España. En particular, la Constitución española reconoce el derecho de acceso a los archivos y registros públicos en su artículo 105 b) de la CE, por consiguiente, fuera del núcleo básico de los derechos fundamentales (artículos 14-29 de la CE). De este modo, este derecho a la información reconocido en la Constitución se configuró no como un derecho fundamental ni tampoco como un derecho de aplicación inmediata. Es decir que su configuración dependería del desarrollo de una ley posterior, ya fuera ordinaria o de carácter orgánico. El problema que se plantea en esta clase de supuestos (derecho reconocido por vía constitucional que debe ser normatizado por una ley) es el asegurar que la correspondiente Ley responda al verdadero espíritu de la Constitución y proceda a una regulación que esté plenamente en armonía con ella. Álvarez Rico, Manuel, “El derecho de acceso a los documentos administrativos”, en *Documentación administrativa*, núm. 183, 1979, p. 110. A pesar de afirmarse su conexidad con otros derechos fundamentales, nuestro ordenamiento jurídico sigue sosteniendo la naturaleza de derecho de configuración legal (y no fundamental) del derecho de acceso a la información pública. Federación Española de municipios y provincias, *Comentarios sobre aspectos clave en materia...op.cit.*, pp. 27-28. Cabe subrayar que la configuración constitucional de un derecho fundamental, en cualquier caso, no es homogénea, sino que guarda correspondencia con la idiosincrasia de cada Estado. En las Constituciones se advierte una graduación de los preceptos que definen, articulan y establecen los derechos y libertades. Es decir, no “todos los preceptos relativos a éstas y aquéllos tienen la misma inmediatez operativa ni todos se sitúan al mismo nivel cuando de actualizarlos y aplicarlos se trata”. Álvarez Rico, Manuel, *El derecho de acceso a los documentos administrativos...op. cit.m* p. 109. Sin embargo, frente a este planteamiento en los últimos años se ha venido alcanzando un consenso jurídico a nivel mundial acerca del reconocimiento del acceso a la información pública como derecho fundamental, bien como derecho autónomo, bien como manifestación concreta del derecho a la libertad de expresión de informaciones, ideas y opiniones. El reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental está expresamente acogido, entre otras, por las Constituciones de Alemania, Bélgica, Portugal, Suecia, Finlandia, México, Costa Rica, Uruguay, Chile, Nueva Zelanda. Asimismo, también se encuentra reconocido en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, también conocida como Pacto de San José; en el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y el artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana. Para más información acerca de los antecedentes del derecho de acceso a los documentos administrativos y su consagración en el derecho internacional véase Federación Española de municipios y provincias, *Comentarios sobre aspectos clave en materia...op.cit.*, pp. 29-31. Véase también la CCPR/GC/34, Observación general N° 34 del Comité de Derechos Humanos, sobre el Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión, 2011; Blanke, Hermann-Josef, Perlingeiro, Ricardo (Eds.), *The Right of Access to Public Information an International Comparative Legal Survey*, Springer, 2018; Sánchez Morón, Miguel, “El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente” en *Revista de Administración Pública* 31, núm. 137, 1995, pp. 31-55; Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (editor), *Informe regional de transparencia y acceso a la información en industrias extractivas en América Latina y el Caribe*, 2018; Escobar, Guillermo (director), *Transparencia e información pública. XIII informe sobre derechos humanos*, Federación Iberoamericana de Ombudsmen, Trama Editorial, 2015.

podría dar a conocer unas tendencias generales sobre la posición de los países en relación con el derecho de acceso a la información.

Para intentar responder a esta pregunta, se ha llevado a cabo una revisión global de si este derecho está integrado y regulado en los marcos legales de los países implementadores. De este modo, se ha detectado que con carácter previo a la implementación del EITI, sólo 17 países disponían de leyes relativas a la transparencia y sobre el derecho de acceso a la información, y 24 países las adoptaron con posterioridad a su adhesión (véase tabla 1.8, Anexo 3). Asimismo, en el momento de redactar la presente investigación, hay un país que se encuentra en fase de redacción de un proyecto de Ley sobre el derecho a la Información, Myanmar¹⁰⁸⁵. Finalmente, de los 14 países restantes, 8 disponen de leyes, reglamentos y disposiciones constitucionales relacionadas, o que incluyen disposiciones que promueven este derecho, mientras que un total de 6 países, a pesar de tener un progreso significativo o un progreso satisfactorio según los informes de evaluación del EITI no disponen de un marco legislativo sobre transparencia y derecho de acceso a la información.

A pesar de ello, lo cierto es que, aunque el proceso de implementación del EITI fuera una de las motivaciones para adoptar una ley de transparencia y acceso a la información, no se ha podido establecer ese nexo causal directo entre la adhesión del país con la aprobación de la ley, en tanto podrían existir otras variables y factores. Si bien, de la lectura general de los Informes EITI parece deducirse, que existe una cierta tendencia a vincular las leyes de transparencia y de acceso a la información, especialmente al apartado relativo a la divulgación de los contratos y las licencias y/o a los beneficiarios reales. Hecho que sorprende en tanto, ¿no debería establecerse este derecho con carácter transversal a todos los Requisitos del EITI? Por ahora, se ha observado que algunos Estados¹⁰⁸⁶ se han convertido en miembros de *Open Government Partnership*, y están adoptando compromisos para acelerar o ir más allá de los requisitos del EITI en varias áreas, como es el caso de la transparencia en la

¹⁰⁸⁵ Article 19, *The Right to Information and Natural Resources in Myanmar*, 2019.

¹⁰⁸⁶ Afganistán · Argentina · Albania · Armenia · Burkina Faso · Colombia · Côte D'ivoire · Alemania · Ghana · Guatemala · Honduras · Indonesia · Kenia · República Kirguiza · Liberia · Malawi · México · Mongolia · Nigeria · Noruega · Papúa Nueva Guinea · Perú · Filipinas · Senegal · Seychelles · Sierra Leona · Ucrania · Reino Unido. Véase Open Government Partnership. Disponible en: <https://www.opengovpartnership.org/es/documents/seeking-synergy-ogp-eiti/>. Recuperado en mayo de 2021.

contratación, las divulgaciones ambientales y la transparencia de los beneficiarios reales¹⁰⁸⁷.

Finalmente, a pesar de todos estos avances, no ha de olvidarse que la positivación de este derecho en el marco normativo no asegura que los ciudadanos puedan ejercerlo si existe un contexto en el que sus capacidades se encuentren afectadas y no hay posibilidades para la acción colectiva y el desarrollo solidario. A modo de ejemplo, Senegal, aunque no dispone de una ley sobre el derecho de acceso a la información, su Constitución¹⁰⁸⁸ determina la garantía de una serie de libertades, entre ellas la libertad de opinión o la libertad de expresión, así como el derecho a la información plural, entre otros. Asimismo, el artículo 10 señala que "toda persona tiene derecho a expresar y difundir libremente sus opiniones... ". A pesar de estas garantías, existen evidencias de que, aun estando reconocidas estas libertades, su ejercicio se ha visto limitado en ocasiones. Así en 2017, se prohibió la difusión, durante un tiempo, del libro «Pétrole et gaz du Sénégal: chronique d'une spoliation» de Ousmane Sonko¹⁰⁸⁹. Aunque por otros motivos no relacionados con las empresas extractivas, especialmente por motivos religiosos, también se han dado casos que limitan estos derechos¹⁰⁹⁰. Otro ejemplo, se podría encontrar en relación con el Decree-Law N. 43/2016 promulgado por el gobierno de Timor Oriental. En su Sección 40 (1) establece que: "Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión y el derecho a informar y ser informado imparcialmente". En este caso, surge la duda de si su articulado significa una garantía directa de este derecho, es decir se remarca la libertad de estar informado, pero no de acceder a la información¹⁰⁹¹.

De conformidad con lo anterior, un primer análisis deberá centrarse en el examen del estado del ejercicio del derecho de todo ciudadano a solicitar información en los

¹⁰⁸⁷ Véase, Open Government Partnership, *Seeking Synergy: OGP & EITI*. Disponible en <https://www.opengovpartnership.org/documents/seeking-synergy-ogp-eiti/>. Recuperado en mayo de 2021.

¹⁰⁸⁸ Constitución de Senegal, 2009.

¹⁰⁸⁹ Le Monde diplomatique, *Pétrole et gaz au Sénégal. Chronique d'une spoliation*, 2017. Disponible en: <https://www.monde-diplomatique.fr/2017/12/SECK/58196>. Recuperado en mayo de 2021.

¹⁰⁹⁰ Por ejemplo, con anterioridad, en 2015, el gobierno de Senegal también había prohibido la distribución y difusión "por cualquier medio" de una edición de la revista "Charlie Hebdo" debido a su representación de una caricatura del profeta Mahoma. Véase [rfi:http://www.rfi.fr/fr/afrique/20150115-senegal-interdit-diffusion-dernier-charlie-hebdo-caricature-mahomet](http://www.rfi.fr/fr/afrique/20150115-senegal-interdit-diffusion-dernier-charlie-hebdo-caricature-mahomet). Recuperado en junio 2021. También por motivos religiosos, el gobierno de Senegal prohibió la venta de un libro titulado Héli Ouardi, Los últimos días de Mahoma, tras las protestas de algunas ONGs y políticos, incluido el ex primer ministro Abdoul Mbaye. Véase LeMonde: https://www.lemonde.fr/afrique/article/2016/04/04/au-senegal-le-fanatisme-mou-obtient-la-censure-d-un-livre-sur-mahomet_4895375_3212.html. Recuperado en junio 2021.

¹⁰⁹¹ Para más información véase Global Right to Information Rating en: <https://www.rti-rating.org/country-data/East%20Timor/>. Recuperado en mayo de 2021.

países implementadores (entendido dentro de la libertad de información¹⁰⁹², como “un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre el Estado, los medios y la sociedad, y que permiten analizar los registros y datos públicos en posesión de los órganos del Estado¹⁰⁹³”). Por otro lado, también se entiende oportuno examinar las sinergias entre las leyes que regulan este derecho y los requerimientos del EITI, así como si el marco normativo del sector extractivo favorece y/o gestiona de alguna manera la generación, almacenamiento, registro o archivo de la información, o si por el contrario no existe la inclusión de disposiciones de información en las leyes petroleras que promuevan su divulgación, pudiendo así dificultar el cumplimiento de los Requisitos del EITI. Para ello, como ejemplo, este trabajo volverá a centrarse en los casos de Nigeria y Colombia.

4.2.2 Marco legal e institucional en Nigeria del derecho de acceso a la información

4.2.2.1 Estado del derecho de acceso a la información en Nigeria

Nigeria adoptó su ley de Transparencia y acceso a la información en 2011, 4 años después de la adhesión al EITI. Así, poco a poco, parecía que Nigeria había empezado a divulgar información que hasta ese momento era secreta. Por ejemplo, el segundo informe de Validación¹⁰⁹⁴ confirmó la aprobación de la Política Nacional de Petróleo y la Política Nacional de Gas que exigían una mayor transparencia de las "declaraciones y operaciones" del sector. En realidad, la transparencia y el derecho de acceso a la información en Nigeria había sido considerado como un lujo durante muchos años. Esto se debía a una arraigada cultura del secreto en el gobierno nigeriano, que provocaba una denegación sistemática al público del acceso a la información oficial. Un contexto históricamente respaldado por la existencia de leyes

¹⁰⁹² Una libertad que comprende: “el derecho a investigar y acceder a las fuentes de información, a transmitir la información de cualquier forma y a través de cualquier medio sin censura ni restricciones preventivas y el derecho a recibir, seleccionar y rectificar las informaciones difundidas, debiendo el Estado, sus agentes y órganos respetar tales derechos, garantizarlos, como promoverlos, contribuyendo al desarrollo del pluralismo informativo, previniendo la existencia de censuras directas o indirectas, administrando con transparencia, racionalidad y justicia el acceso a las frecuencias radioeléctricas, impidiendo la existencia de monopolios u oligopolios respecto de los medios o insumos necesarios para producir la información escrita, por cable o de cualquier otro modo o medio, como por último, impidiendo la constitución de monopolios públicos o privados sobre todos los tipos de medios de comunicación social. Nogueira, H. “El derecho a la información en el derecho constitucional comparado en Iberoamérica y Estados Unidos” en *Ius et Praxis*, vol. 6, núm. 1, 2000, pp. 325-326.

¹⁰⁹³ Villanueva, Ernesto, “Aproximaciones conceptuales a la idea de transparencia” en Merino, Mauricio (coord.), *Transparencia: libros, autores e ideas*, IFAI-CIDE, 2005, pp. 61-62.

¹⁰⁹⁴ EITI, *Second Validation of Nigeria Draft assessment... op. cit.*, p. 28.

que han tendido a obstaculizar la libertad de obtener la información¹⁰⁹⁵, como por ejemplo la *Official Secrets Act*¹⁰⁹⁶. ¿Puede esta cultura al secretismo presentar un desafío para la Ley de libertad de información de Nigeria, 2011?¹⁰⁹⁷. Afortunadamente la Constitución de Nigeria en 1999 estableció en su artículo 39. (1) que “toda persona tendrá derecho a la libertad de expresión, incluida la libertad de tener opiniones y recibir e impartir ideas e información sin interferencia¹⁰⁹⁸”. Si bien, y como se ha expresado con anterioridad, aparece la incertidumbre de si esta disposición protegerá el derecho de “buscar” información, que es la expresión utilizada en el Artículo 19 del PIDCP o en la Declaración Universal de Derechos Humanos, respectivamente. Asimismo, pueden destacarse otras disposiciones de la Constitución relacionadas con la transparencia, como el artículo 85 y 125 sobre las Auditorías de cuenta pública.

En el contexto que nos ocupa, parece significativo resaltar que la Ley NEITI fue promulgada con anterioridad a la Ley de libertad de información de 2011. Este avance del EITI podría haber asentado las bases de un marco para luchar contra la opacidad. En cualquier caso, la aprobación de la Ley de 2011 ha significado un intento de superar la laguna existente en el marco legal del país respecto al derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública que se encuentra, tal y como establece la disposición 3 (7) de la Ley 2011, “bajo la custodia o posesión de cualquier funcionario público, agencia o institución del país, incluyendo además a las organizaciones u organismos privados que utilizan fondos públicos, presten servicios públicos o realicen funciones públicas”¹⁰⁹⁹.

A pesar de estos avances, se observa que el país todavía debe trabajar para asegurar este derecho, como además demuestran los resultados de la evaluación del marco legal de la *Global Right to Information Rating*. Este índice posiciona a Nigeria en el puesto

¹⁰⁹⁵ Olubunmi Omotayo, Funmilola, “The Nigeria Freedom of Information Law: Progress, Implementation Challenges and Prospects” en *Library Philosophy and Practice (e-journal)*, 2015, p. 4.

¹⁰⁹⁶ Official Secrets Act, 1962. Disponible en: <http://r2knigeria.org/index.php/legislation/law-that-limits-access/official-secrets-act>. Recuperado en mayo 2021.

¹⁰⁹⁷ Freedom of Information Bill, 2011. Disponible en: <https://www.cbn.gov.ng/FOI/Freedom%20Of%20Information%20Act.pdf>. Recuperado en mayo de 2021.

¹⁰⁹⁸ Constitution of the Federal Republic of Nigeria, 1999. Disponible en: <http://www.nigeria-law.org/ConstitutionOfTheFederalRepublicOfNigeria.htm>. Recuperado en mayo de 2021.

¹⁰⁹⁹ Con carácter general los objetivos de la Ley de 2011 son: “i) hacer que los registros públicos y la información estén más libremente disponibles; ii) proporcionar acceso público a registros e información pública; iii) proteger los registros públicos y la información en la medida que sea compatible con el interés público y la protección de la privacidad personal; iv) proteger a los funcionarios públicos en servicio de las consecuencias adversas por divulgar ciertos tipos de información de funcionarios sin autorización; y v) establecer procedimientos para el logro de estos propósitos y para otros asuntos relacionados”. Freedom of Information Bill, 2011.

62 de 128 países analizados, con un total de 88 puntos de 150¹¹⁰⁰. La tabla 1.2 revela que la categoría de las apelaciones y los procedimientos de solicitud son las peor valoradas. Esta última además ha empeorado su puntuación en los últimos años. En cambio, el amplio alcance sería una de sus fortalezas más significativas.

Tabla 1.2 Valoración del derecho a la información Nigeria

Categorías	Puntuación 2019	Puntuación 2011	Progreso	Máxima puntuación
Derecho de acceso	3	3	▬	6
Alcance	29	29	▬	30
Procedimientos de solicitud	12	14	↓	30
Excepciones y denegaciones	22	22	▬	30
Apelaciones	4	4	▬	30
Sanciones y protección	7	7	▬	8
Medidas promocionales	11	11	▬	16
Total	$\Sigma = 88$	$\Sigma = 90$	↓	$\Sigma = 150$

A pesar de que la Ley promueve el acceso a ciertos datos e información, se ha afirmado que esta no es proporcionada adecuadamente o con facilidad, y que la implementación de la ley es lenta y presenta desafíos en relación con el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información debido a¹¹⁰¹:

¹¹⁰⁰ Para más información véase: <https://www.rti-rating.org/country-data/Nigeria/>. Recuperado en mayo de 2021.

¹¹⁰¹ Véase: Adebayo, Morayoy Akinyoade, Akinyinka, “Access to Information and Transparency: Opportunities and Challenges for Nigeria’s FOI Act 2011” en *Access to Information in Africa, Law, Culture and Practice, Series: Afrika-Studiecentrum Series*, Volume: 27, pp. 261–285; Nwoke, Uchechukwu, “Access to Information under the Nigerian Freedom of Information Act, 2011: Challenges to Implementation and the Rhetoric of Radical Change” en *Journal of African Law*, 63, 3, 2019, pp., 435–461;

- La existencia de una cultura del secreto en el servicio público:

Unos hábitos que han sido adquiridos a lo largo de los años debido a la aplicación de leyes como la Ley de Secretos Oficiales, el Código Penal, la Ley de Estadísticas y otras disposiciones similares, que aplicaban sanciones a la divulgación. Una reminiscencia que podría no facilitar el cambio de mentalidad entre los funcionarios. Por ello, se destaca la importancia de la disposición 13 de la Ley 2011, que establece la obligación de asegurar formación sobre el derecho de acceso a la información a los oficiales.

- Las dificultades para iniciar procedimientos judiciales:

Se ha manifestado que la denegación injustificada de una solicitud es un delito y el funcionario o institución que incumple es responsable. El efecto aparente de esta disposición es garantizar que, en caso de rechazo ilícito, el funcionario será responsable. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los litigantes pueden encontrar problemas tales como largas demoras en los procedimientos judiciales y un costo elevado del litigio. Esto podría desalentar a los ciudadanos a hacer cumplir sus derechos.

- Una actitud pasiva de los tribunales:

Inconsistencia de las decisiones de los tribunales nigerianos y una actitud aparentemente pasiva de algunos miembros del órgano judicial hacia la aplicación adecuada de la ley.

- Una carencia de sistemas modernos de mantenimiento de registros y la falta de procedimientos adecuados para atender solicitudes:

A pesar de la obligatoriedad de las instituciones de mantener registros adecuados sobre sus operaciones, actividades y otra información, todavía en la actualidad se afirma que la disposición de registros es deficiente e incluso a veces inexistentes, pudiendo, por ello, socavar el acceso a la información.

- Un bajo nivel de conciencia pública de la Ley:

Existe un bajo nivel de conciencia dentro de la población en general sobre la existencia de la ley y de cómo usarla para obtener acceso a la información pública. El

Olubunmi, Funmilola, “*The Nigeria Freedom of Information Law...op. cit.*”, pp. 1-18. Así, en el informe de Open Government Partnership, *Nigeria Design Report 2017-2019*, 2020, p. 46, se han resaltado varios factores que ralentizan la implementación de la Ley como por ejemplo; las leyes contra el acceso que siguen vigentes, los bajos niveles de conocimiento de la Ley entre los funcionarios públicos y la población en general, un mantenimiento de registros y la infraestructura deficientes, ninguna disposición para un Comisionado de Información Federal, hecho que evitaría la necesidad de que los solicitantes recurran a los tribunales.

acceso a la información requiere una población alfabetizada¹¹⁰², sin embargo, se ha de precisar que Nigeria presenta un alto porcentaje de analfabetismo (la tasa de alfabetización de adultos en Nigeria es del 57,9%). En este sentido, otra cuestión importante sería que esta Ley tomara en consideración la pluralidad de lenguas nativas que se hablan en el país, a parte del inglés¹¹⁰³. Por ello, se debe destacar la posibilidad que brinda la Ley de hacer una solicitud oral de información, así como una solicitud a través de un tercero (artículo 4). Si bien, con el fin de mejorar el acceso a la información, podría ser oportuno que la Ley previera la posibilidad de que las personas tengan el derecho a solicitar que la información esté disponible en una forma específica, incluso si difiere de aquella en la que está almacenada.

En línea con lo anterior, aunque la Ley 2011 marcó un punto de inflexión en la forma de actuar del gobierno, no ha existido un progreso significativo en su cumplimiento, especialmente con respecto a las divulgaciones proactivas y las obligaciones de informes anuales. En particular, se ha distinguido que la información que publica el gobierno es limitada y no es oportuna, a la vez que hay una tendencia a que las respuestas exceden en el tiempo estipulado por la ley (de 32 a 41 días)¹¹⁰⁴. Desde su promulgación, la divulgación proactiva y la presentación de informes anuales ha sido inferior al 10% de cumplimiento anual¹¹⁰⁵.

4.2.2.2 Sinergia entre el NEITI, la Ley de transparencia y el derecho de acceso a la información y otras leyes de aplicación

Tras examinar el estado del derecho de acceso en Nigeria, a continuación, se analiza si la Ley de 2011 podría crear un marco coherente para que los Requerimientos del EITI puedan cumplirse de manera efectiva, o por el contrario si presenta retos u obstáculos para que el gobierno pueda divulgar la información requerida por el Estándar o para que los ciudadanos puedan solicitarla.

En primer lugar, se ha de resaltar que el NEITI no ha incluido (o relacionado) de manera expresa referencia alguna a la Ley de 2011 dentro del marco normativo que

¹¹⁰² Nwoke, Uchechukwu, "Access to Information under the Nigerian Freedom of Information Act, ...op.cit., pp. 447-448.

¹¹⁰³ Nigeria tiene alrededor de 500 idiomas nativos, véase R. Blench, *An Atlas of Nigerian Languages* (3rd edn, Roger Blench, 2012). Disponible en: <http://www.rogerblench.info/Language/Africa/Nigeria/Atlas%20of%20Nigerian%20Languages-%20ed%20III.pdf>. Recuperado en mayo de 2021.

¹¹⁰⁴ Open Government Partnership, *Nigeria Design Report 2017-2019*, 2020, pp. 6; 46.

¹¹⁰⁵ Iyonu, Ann, *Independent Reporting Mechanism (IRM): Nigeria Design Report 2017-2019*, 2020, p. 6.

regula el sector (tal y como se depende de los informes EITI o de su propia web), así como tampoco se hace referencia en la Ley NEITI, a diferencia, como sucede en el caso de Colombia¹¹⁰⁶.

La única referencia por parte del NEITI de la Ley de 2011, es su propio compromiso como entidad de actuar de conformidad con sus disposiciones. Para ello, el NEITI firmó un acuerdo con *Right to Know (R2K)*, una organización no gubernamental, cuyo fin es promover la transparencia y la rendición de cuentas en el país, gracias al cual se puso en marcha el Portal de Transparencia del NEITI¹¹⁰⁷. A través de este, de conformidad con la Sección 2 (3) de la Ley 2011, el NEITI pone a disposición del público toda una serie de documentos relativos a su gestión (las auditorias, los presupuestos anuales -aunque estos son divulgados a través de imágenes, hecho que dificulta su uso-, información sobre los procesos de contratación de personal, etc.). El Portal permite, a través de un cuestionario, realizar una aplicación online para solicitar información. No se ha podido comprobar su utilidad durante la presente investigación, en tanto el formulario no estaba en funcionamiento. En cambio, sí que se han podido examinar los informes anuales en relación con la aplicación de la Ley 2011 (2016, 2017 y 2018¹¹⁰⁸). Estos exponen las actividades llevadas a cabo de conformidad con la Ley, y exhiben un resumen de las solicitudes de información recibidas con sus correspondientes respuestas. Así, se trata de una iniciativa dirigida a establecer una plataforma de mejora de las capacidades de los ciudadanos, que facilita el acceso a cierta información. No obstante, se ha observado que, por ejemplo, las Actas del grupo multipartícipe, como otros documentos del grupo, no se encuentran disponibles.

En segundo lugar, es necesario poner de relieve quién son los sujetos obligados por la Ley de 2011, para así también entender, o poder conocer, si pudiera existir información que quedara excluida según los requisitos del EITI. Así, el artículo 3 determina las obligaciones de las “instituciones públicas” sobre la divulgación de información, y añade en el apartado 7, de este mismo artículo, que estas instituciones son todas las “las autoridades, ya sean agencias ejecutivas, legislativas o judiciales,

¹¹⁰⁶ *Vide infra*, 4.2.3 Marco legal e institucional en Colombia del derecho de acceso a la información.

¹¹⁰⁷ Portal de transparencia NEITI: <https://neiti.gov.ng/index.php/freedom-of-information-portal>. Recuperado en mayo de 2021.

¹¹⁰⁸ Informes disponibles en: <https://neiti.gov.ng/index.php/freedom-of-information-annual-report>. Recuperado en mayo de 2021.

ministerios y departamentos extra ministeriales del gobierno, junto con todas las corporaciones establecidas por ley y todas las empresas en las que el gobierno tiene una participación mayoritaria, y también, empresas privadas que utilizan fondos públicos, proporcionan servicios públicos o realizan funciones públicas”. En este sentido, se entendería que, de conformidad con el marco institucional del sector extractivo, los sujetos obligados por la Ley de 2011 serían los siguientes organismos: “*Ministry of Petroleum Resources*, que actúa principalmente a través del *Department of Petroleum Resources*, así como otras entidades como la *Petroleum Products Pricing Regulatory Agency*, *the Ministry of Environment*, *el Nigerian Content Development and Monitoring Board*, *la Federal Ministry of Environment*; *el National Oil Spill Detection and Response Agency*; *la Nigeria Sao Tome Joint Development Authority*. Y, teniendo en cuenta su actual estatus, y la participación mayoritaria del gobierno en la entidad, se entiende que la NNPC y subsidiarias, como empresa estatal, deberían quedar también obligadas por este precepto¹¹⁰⁹.

Por lo tanto, teniendo en cuenta la posición de la NNPC, es oportuno conocer en realidad, la postura que esta adopta en relación con la obligación de divulgar información. En 2012, la NNPC denegó una solicitud hecha por el *Daily Trust Newspapers*. La organización alegó que no estaba sujeta a la Ley de libertad de información. Sin embargo, después del escrutinio de los medios y las presiones de las organizaciones de la sociedad civil, la NNPC finalmente se comprometió a cumplir con las disposiciones de la Ley¹¹¹⁰. Empero, parece que años más tarde, la NNPC continúa manteniendo esa aura de secretismo al seguir denegando el acceso a cierta información. Los tribunales, no han arrojado mucha claridad al respecto al fallar de manera dispar¹¹¹¹. Recientemente, en 2018, un abogado de derechos humanos, en base a la Ley de Libertad de información, volvió a solicitar información sobre las importaciones de combustible. Una vez más, la entidad declaró que no es una institución pública, y en consecuencia, no está obligada en virtud de la Ley 2011,

¹¹⁰⁹ *Vide infra*, Anexo 4, Nigeria.

¹¹¹⁰ Olubunmi Omotayo, Funmilola, “*The Nigeria Freedom of Information Law: Progress, Implementation Challenges and Prospects*” ...*op.cit.*, p. 7.

¹¹¹¹ La sentencia: SUIT NO: FHC/ABJ/CS/760/13, ha expuesto que el derecho de acceso a la información de conformidad con la Ley está garantizado y no está sujeto a las disposiciones de ninguna Ley, incluida la Ley NNPC. Disponible en: <https://www.procurementmonitor.org/foi/law-reports/ppdc-vs-nafdac/>. Recuperado en mayo de 2021. Sin embargo, la sentencia SUIT NO: FHC/ABJ/CS/278/2013, determina que de conformidad con el requisito obligatorio de la Sección 12 (2) de la Ley NNPC, no se ha cumplido una condición previa requerida y por consiguiente la negación de acceso es de conformidad. Disponible en: <https://www.procurementmonitor.org/foi/law-reports/ppdc-vs-nnpc/>. Recuperado en mayo de 2021.

añadiendo que en caso de que le fuera de aplicación, la información solicitada quedaría expresamente excluida del ámbito de aplicación de la Ley en virtud de la Sección 15 (a) (c)¹¹¹². Finalmente, cabe destacar que la NNPC podría haber dado un paso hacia adelante en el camino hacia la promoción de la transparencia en la industria del petróleo y el gas, gracias a la constitución del comité con el NEITI (NNPC-NEITI Joint Committee on Mainstreaming and Remedial Issues). Quedará por ver en los próximos años si en efecto esta abertura es realmente un hecho¹¹¹³.

Teniendo en cuenta lo anterior, el citado artículo 3 plantea dudas sobre si englobaría la actuación de las empresas privadas, en tanto, podrían no quedar incluidas de manera específica entre las organizaciones que administran un recurso de origen público, a diferencia como se observará en el caso de Colombia¹¹¹⁴, sino se entiende, como expresa la disposición 3 (7) de la Ley 2011, que estas “utilizan fondos públicos, prestan servicios públicos o realizan funciones públicas”. En este sentido, es de especial interés la obligación interpuesta a las empresas extractivas de presentar la información que se les requiere (artículo 19 de la Ley NEITI). En caso de que una empresa no presente la correspondiente información, o si esta es falsa, podría incurrir en un delito y podría ser multada con una multa no inferior a 30.000.000 Nairas (71.233,392 EUR¹¹¹⁵).

Por otro lado, se ha de destacar que este mismo artículo 3 de la Ley de 2011, muy acertadamente, decreta que las instituciones públicas se asegurarán de registrar y mantener información sobre todas sus actividades, operaciones y negocios. La importancia de este precepto radica en la obligación de “registrar y mantener”, en tanto, es común la falta de organización y los desafíos a la hora de recopilar y almacenar la información. Asimismo, respecto a la garantía de este derecho es un gran avance la consagración del derecho a iniciar un procedimiento ante los tribunales para obligar a cualquier institución pública a cumplir con las disposiciones correspondientes (artículo 3 (6)).

¹¹¹² ICIR. Noticia: NNPC rejects Falana's FOI request, says 'we're not a public institution', 2018. Disponible en: <https://www.icirnigeria.org/nnpc-rejects-falanas-foi-request-says-were-not-a-public-institution/>. Recuperado en mayo de 2021.

¹¹¹³ Business Day, Noticia, NNPC, *NEITI Set Up Joint Committee to Strengthen Transparency*, noviembre 2019. Disponible en: <https://businessday.ng/top-stories/article/nnpc-neiti-set-up-joint-committee-to-strengthen-transparency/>. Recuperado en mayo de 2021.

¹¹¹⁴ *Vide infra*, 4.2.3 Marco legal e institucional en Colombia del derecho de acceso a la información.

¹¹¹⁵ Conversión de Naira nigeriana a Euro. <https://www.xe.com/es/currencyconverter/convert/?Amount=30,000.000&From=NGN&To=EUR>. Recuperado en mayo 2021.

Otros artículos de especial relevancia son el artículo 7, que contempla el derecho del solicitante a impugnar la decisión de denegación y a requerir la revisión de un tribunal (aspecto que es reforzado por el artículo 20). Además, este artículo 7 añade que, en caso de denegación ilícita, el funcionario o la institución incumplidora será condenada a una multa de 500.000 Nairas (1163,15 EUR¹¹¹⁶). Asimismo, la destrucción o falsificación de los registros se encuentra tipificado penalmente en el artículo 10. Por otro lado, es importante la inversión de la carga de la prueba, por lo que será la institución pública la que deberá probar ante el Tribunal que está autorizada a denegar el acceso (artículo 24).

Finalmente, es de especial interés destacar que se ha observado que la Ley de 2011, en realidad, contiene más disposiciones de exención que artículos que otorgan acceso a la información. Así, los preceptos 2 y 3 otorgan acceso a la información, mientras que hasta 7 artículos (12, 13, 15, 16, 17, 18, 20) están destinados a denegar el acceso público a la información. En este sentido, también presenta dudas el artículo 27 (a) cuando hace referencia a que la Ley no se aplicará en relación con aquel “material publicado o material disponible para su compra por parte del público”. Por un lado, si la información ya publicada se encuentra disponible únicamente en una oficina o si el acceso sólo puede realizarse de manera electrónica, esto podría traducirse en barreras geográficas o digitales. Del mismo modo el coste podría llegar a ser un impedimento para acceder a la información.

Teniendo en cuenta los Requerimientos del EITI, la pregunta que se plantea es si estas excepciones pueden presentar incompatibilidades, en particular, con la publicación o el acceso a información relativa a los contratos (Requisito 2.4 del EITI), o cierta información tributaria (Requisito 4.1 del EITI) o ambiental (Requisito 6.1 del EITI)¹¹¹⁷:

- Divulgación en materia contractual:

Como es sabido, la divulgación de los contratos puede permitir que las comunidades afectadas por las operaciones extractivas vean cómo se gestionan los ingresos de las regalías y los impuestos establecidos por los gobiernos nacionales,

¹¹¹⁶ Conversión de Naira nigeriana a Euro.
<https://www.xe.com/es/currencyconverter/convert/?Amount=30.000.000&From=NGN&To=EUR>. Recuperado en mayo de 2021.

¹¹¹⁷ *Vide supra*, 3.2.1 Los Requisitos de divulgación del Estándar EITI 2019.

regionales o locales. Asimismo, también puede permitir una mejor comprensión sobre los subsidios e incentivos fiscales que se otorgan a las empresas, y qué obligaciones se imponen a estas para proteger a las comunidades y el medio ambiente, así como las obligaciones relativas a los pagos sociales¹¹¹⁸. Por ello, en relación con este aspecto, parece sensato exponer la necesidad de que los gobiernos capaciten a la población para que todas las personas puedan entender y hacer uso de toda esta información.

Así, el segundo informe de Validación, como se presentó anteriormente, puso de relieve que Nigeria había progresado en la práctica de divulgación de los contratos, en tanto había hecho públicos algunos a través de diversos portales¹¹¹⁹. A pesar de ello, no se encuentran registrados la totalidad de los contratos existentes, ni todos los que están publicados presentan la totalidad de sus disposiciones, sino que en ocasiones se presenta una versión reducida que excluye cierta información considerada confidencial. En cualquier caso, un primer paso importante, tal y como recomendó el primer informe de Validación¹¹²⁰, para asegurar el acceso a esta información, sería “proporcionar consejos a la ciudadanía sobre cómo acceder a los contratos publicados”.

En este sentido, cobra especial relevancia el artículo 16 de la Ley de 2011 que establece que una institución pública podrá denegar la solicitud de información que contenga: “a) secretos comerciales e información comercial o financiera obtenida de una persona o empresa cuando dichos secretos comerciales o información sean de propiedad exclusiva, privilegiados o confidenciales, o cuando la divulgación de dichos secretos comerciales o información pueda dañar los intereses del tercero; b) información cuya divulgación podría esperarse que razonablemente interfiera con las negociaciones contractuales o de otro tipo de un tercero; o c) información sobre las propuestas y licitaciones para cualquier contrato, subvención o acuerdo, incluida la información que, si se divulgara, frustraría la adquisición o daría una ventaja a cualquier persona”. Debe tenerse en cuenta, que muchos de los contratos incorporan

¹¹¹⁸ Para más información véase; Kyle, Jordan, “¿Qué podemos aprender de los contratos petroleros? Los vínculos entre transparencia y rendición de cuentas” en Cruz Vieyra, Juan y Masson, Malaika, *Gobernanza con transparencia en tiempos de abundancia*, BID, 2014, pp. 235-276.

¹¹¹⁹ *Vide supra*, 3.3.1 La transparencia en Nigeria de conformidad con los Requisitos EITI. Nigeria en la actualidad está trabajando para asegurar su compromiso de “Mejorar la rendición de cuentas y la transparencia de los procesos de contratación pública mediante la implementación de la contratación abierta y la participación pública en el proceso de contratación pública”. Véase *Open Government Partnership, OGP Nigeria National Action Plan II (2019-2021)* así como el apartado, 4.2.4 El derecho de acceso a la información en los Planes de trabajo de los grupos multipartícipes y otras iniciativas multilaterales.

¹¹²⁰ EITI, *Validation of Nigeria Report on initial data collection and stakeholder consultation... op. cit.*, p. 74.

cláusulas de confidencialidad, y, por lo tanto, es una premisa sobre la cual las empresas podrían alegar la existencia de sensibilidad comercial para que estos no sean divulgados (en todo caso, se deberá asegurar que esta confidencialidad no socava los Requisitos del EITI).

A pesar de los esfuerzos del gobierno nigeriano, todavía existen numerosos desafíos y obstáculos para hacer que los contratos sean accesibles al público. Algunos de estos desafíos incluyen, entre otros, la falta de un marco legal para exigir o facilitar su transparencia, pero también la inexistencia de un marco legal que requiera a que las empresas, o cualquier agente del gobierno, hagan públicos los contratos. No obstante, podría empezar a verse la luz ante la aprobación de la *Petroleum Industry Bill*¹¹²¹. En el borrador de la citada Ley de 2020, se incluyen los principios de transparencia de los contratos en la Sección 83, bajo el título “Confidencialidad”. En particular en la subsección (3) establece que: “el texto de cualquier contrato, licencia o arrendamiento existente y cualquier enmienda o carta complementaria con NNPC deberá: (a) No ser confidencial; b) Publicarse en el sitio web de la Comisión en el plazo de un año después de la fecha de entrada en vigor; y (c) Ser proporcionado a la Comisión por un contratista de la NNPC, licenciataria o arrendatario dentro de 1 año después de la fecha de entrada en vigor”¹¹²². Este mismo artículo además añade, en la subsección (4), la posibilidad de imponer una “multa administrativa de 10,000 Nairas por día de incumplimiento, que se impondrá a un contratista, licenciataria o arrendatario que no proporcione a la Comisión, o parcialmente, la información requerida dentro del tiempo estipulado”.

- Divulgación en materia fiscal:

En esta línea, la transparencia fiscal también adquiere especial relevancia. Los gobiernos dependen especialmente de los ingresos fiscales para obtener la financiación necesaria para cumplir con su mandato, así como para asegurar el bienestar de las personas. De ahí la importancia de la transparencia tributaria, tanto a nivel de la organización (transparencia sobre el pago de los impuestos debidos), como a nivel gubernamental (transparencia sobre los pagos recibidos en forma de impuestos

¹¹²¹ *Vide supra*, 4.1 Reformas legales e institucionalización del EITI en los países implementadores.

¹¹²² Insights, *The National Petroleum Policy*. Disponible en: <https://home.kpmg/ng/en/home/insights/2017/08/the-national-petroleum-policy--npp-.html>. Recuperado en mayo 2021.

y el uso de los mismos). Así, el EITI requiere la explicación del régimen fiscal (Requisito 2.1), y la divulgación exhaustiva de los impuestos e ingresos (Requisito 4.1). Por su parte, Nigeria se había caracterizado por no disponer de un código de transparencia fiscal, o una ley presupuestaria, que especificara las funciones de los ministerios, y otras partes interesadas, en la redacción del presupuesto. Además, las leyes y reglamentos existentes incluían incluso disposiciones contradictorias y ambiguas¹¹²³. Así, uno de los principales propósitos del país, al unirse al *Open Government Partnership*, fue brindar transparencia, participación y responsabilidad a toda la cadena de valor del sector del petróleo y el gas. Para ello, adoptó diversos compromisos, entre ellos la transparencia fiscal. Dentro de este bloque se adoptó el compromiso de mejorar la transparencia de ingresos. Con ello, se quiere “mejorar la equidad, la transparencia, la eficiencia y la eficacia de los sistemas de ingresos fiscales y no fiscales de Nigeria mediante la adopción de estándares comunes de presentación de informes y otras iniciativas de ingresos clave”¹¹²⁴). Si bien, la Ley de 2011 no supone ninguna limitación aparente, la firma de varios acuerdos y convenciones en la materia empieza a mostrar una cierta predisposición del país en ese sentido, ya que la divulgación de informes obligatorios de transparencia fiscal se limitaba especialmente a las empresas y no al gobierno¹¹²⁵. En este sentido, también es crucial destacar la aprobación en 2020 de la *Companies and Allied Matters Act*, como principal normativa para regular la formación y gestión de las empresas en Nigeria. Esta ley ofrece un marco para la divulgación de los beneficiarios reales (disposiciones 119-123: “Disclosure of persons with significant control”) que podría significar un avance para combatir la corrupción al dificultar que las personas utilicen empresas anónimas para evitar impuestos y contribuir a los flujos financieros ilícitos.

¹¹²³ Véase *International Budget Partnership*. Disponible en: <https://www.internationalbudget.org/publications/africa-fiscal-transparency-nigeria/>. Recuperado en mayo de 2021.

¹¹²⁴ Los otros compromisos adoptados son: i) la transparencia extractiva; ii) la lucha contra la corrupción; iii) el acceso a la información; iv) el compromiso y empoderamiento de los ciudadanos; y v) la inclusión y prestación de servicios. En relación con la transparencia de ingresos el compromiso busca: “to promote increased tax and non-tax revenues by ensuring the prevention of all forms of tax evasion and the reduction of tax avoidance, illicit financial flows and leakages. This will address the issues of multiple taxation, levies, charges, duties and also make businesses pay their fair share of tax and non-tax dues. It will also create equity such that local businesses are competitive, can create jobs and contribute to economic development. Tax and non-tax avoidance and evasion have resulted in reduction of revenue needed to finance development, which has consequently created an unfavorable environment for local entrepreneurs. This results in the inability of the government to provide sound services for citizens’ welfare and failure of small businesses, thereby increasing poverty”. *Open Government Partnership, OGP Nigeria National Action Plan II (2019-2021)*.

¹¹²⁵ Como por ejemplo: Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), 2010, Estados Unidos; Multilateral Competent Authority on Country-by-Country Reporting, aprobado por el Consejo de la OCDE el 15 de julio de 2014.

- Divulgación en materia medioambiental:

Finalmente, tal y como, poco a poco, el EITI ha ido tomando en consideración, y teniendo en cuenta las actuales tendencias en materia de sostenibilidad y de divulgación de los aspectos ambientales y sociales relacionados con las actividades empresariales¹¹²⁶, será crucial también examinar el acceso a la información en materia medioambiental. En este sentido, cabe destacar que Nigeria no ha reconocido el derecho de acceso a la información ambiental hasta hace poco. La propia Constitución Nigeria no lo reconoce, y leyes como la citada Official Secrets Act habían supuesto desafíos a la hora de divulgar cierta información¹¹²⁷. De este modo, si bien la adopción de la Ley de 2011 significó un cambio legislativo significativo en el que se pasaría de la era del secreto legalizado hacia una mayor apertura, lo cierto es que esta ley no diferencia de manera concreta la información medioambiental. Por ello, el foco deberá centrarse, como se ha afirmado con anterioridad, hacia a aquella información que está en poder de las instituciones públicas de Nigeria. Si bien debe destacarse que el artículo 16.2 de la Ley de 2011, de manera concreta (aunque con un enfoque quizás demasiado amplio), establece que “una institución pública no podrá, de conformidad con la subsección (1), negar la divulgación de una parte de un registro si esa parte contiene el resultado o producto de pruebas ambientales realizadas por o en nombre de una institución pública”.

Expuesto lo anterior, es esencial, tener en cuenta la existencia de leyes que establezcan obligaciones sobre el mantenimiento de registros y las obligaciones de divulgar cierta información como la *Environmental Impact Assessment Act* (Decree, No. 86 of 1992). Así, por ejemplo, esta ley prevé que ciertos sectores (como el del petróleo y la minería) están obligados a llevar a cabo evaluaciones de impacto ambiental (artículo 62), determinando además el establecimiento de un registro público que brinde acceso público a información sobre peligros potenciales que puedan tener un impacto negativo en la salud y la seguridad ambientales (artículo 55). Asimismo, la *National Environmental Standards and Regulations Enforcement Agency Act* (2007), también requiere mantener registros públicos que contengan

¹¹²⁶ Para más información *vide supra* nota 898.

¹¹²⁷ Esta ley tipificaba como delito la divulgación de información oficial clasificada. En particular, la problemática residía en que el término “material clasificado” deviene amplio, dificultando o permitiendo interpretaciones tan amplias que podrían llegar a limitar el acceso a la información.

información relacionada con estándares ambientales y datos científicos básicos (véase artículo 7 y 8 de la citada Ley), así como llevar a cabo auditorías ambientales, y mantener registros de la aplicación regulatoria de las normas ambientales (sección 7-k). Por otro lado, también es de interés la *National Oil Spill Detection Response Agency Act* (No. 15 of 2006), que dispone que “cuando se produzca un derrame de hidrocarburos se debe informar por escrito, en un plazo no superior a 24 horas después de ocurrido el incidente, o pagar una multa de 500, 000 Narias por cada día en que no se notifique el suceso (sección 6 (2))”. En este sentido, también sería interesante que la Ley incluyera una disposición que determine la obligación de que la autoridad pública, a la que se ha presentado una solicitud, sino dispone de la información requerida, deba informar al solicitante sobre la autoridad a la que puede dirigirse o transmitir directamente la solicitud a la institución pertinente (tal y como establece el Convenio Aarhus (artículo 4.5)).

4.2.2.3 Promoción de la gestión de la información en las leyes del petróleo y el gas en Nigeria

Sentado lo anterior, y teniendo en cuenta la reducida cultura de transparencia, es oportuno examinar si las leyes del sector del petróleo y el gas pueden suponer una limitación, o si por el contrario crean un contexto propicio para asegurar el acceso a la información. Para ello, a continuación, va a ser examinada la PEIB, en particular la PIGB y la PIAB en relación con las siguientes obligaciones:

- Obligación de generar y recopilar cierta información:

La PIGB, en varios de sus artículos, determina la obligación de producir información relativa a: i) las actas de los procedimientos de la Junta de la Comisión¹¹²⁸ (*Second Schedule*: “Disposiciones complementarias relativas a los procedimientos de la Junta de la Comisión” -1-) PIGB); ii) la contabilidad adecuada de los ingresos y gastos de la Comisión con respecto a cada ejercicio financiero y las auditorías (disposición 28 PIGB); y iii) las auditorías periódicas de las actividades de los operadores que participan en operaciones petroleras y compañías de servicios

¹¹²⁸ La Nigeria Petroleum Regulatory Commission creada a través de la PIGB es, según establece el artículo 4 de este texto legal, una persona jurídica con sucesión perpetua que puede demandar o ser demandada en su nombre corporativo, y cuyos objetivos, entre otros son (artículo 5 de la PIGB), promover de forma saludable, segura y eficiente todas las operaciones petroleras de una manera sostenible y respetuosa con el medio ambiente; promover el desarrollo de la infraestructura de manera eficiente, segura, eficaz y sostenible de la industria del petróleo; garantizar el cumplimiento de todas las leyes y reglamentos aplicables que rigen la industria del petróleo, etc.

petroleros (disposición 6 (m) PIGB). Asimismo, la Comisión debe presentar informes al Ministro sobre sus operaciones y finanzas (disposición 29 (1) PIGB).

- *Obligación de mantener registros:*

Esta obligación de mantener registros es cardinal para que la información pueda ponerse de manera efectiva a disposición de los ciudadanos. Si bien se determina el acceso a un conjunto de información, este marco normativo no es tan claro ni determina la obligación expresa al gobierno de establecer y mantener registros para toda la información generada. No obstante, se destaca el artículo 159 de la PIAB que determina que toda persona que se dedique a actividades dentro de la Industria del Petróleo registrará su empresa ante la Comisión y proporcionará la información relativa a sus actividades de conformidad con los requerimientos establecidos. Y, añade a través del artículo 159 que “la Comisión establecerá, mantendrá y pondrá a disposición del público un registro de todas las licencias, permisos y autorizaciones, emitidas, revocadas, suspendidas, entregadas o retiradas y todas las modificaciones y exenciones otorgadas para los propósitos de la Ley”. No obstante, no se detalla el proceso de solicitud.

- *Obligación del titular de la licencia de mantener registros, proporcionar información al gobierno y hacer pública determinada información:*

A pesar de que la PIGB establece que puede requerir a los titulares de las licencias cierta información, no específica de manera directa la obligación de estos de mantener registros. Aunque de forma expresa sí requiere que los titulares mantengan registros completos sobre información relacionada con la quema de gas: volumen diario de gas quemado o ventilado; composición del gas quemado o ventilado etc., ([Sección 34] Prohibición de quema de gas PIAB). Por otro lado, de manera más concreta la PIAB, a través de su disposición 41, determina que el licenciatario deberá facilitar a la Comisión la información que se le requiera por ley, a la vez que se le solicita restringir el uso de información sensible, que produzca libros sobre los detalles que la Comisión requiera, y que presente la información y los informes periódicos requeridos. Por último, la ley también faculta a la Comisión para requerir y obtener información en poder de los licenciatarios (disposición 7 (c) PIGB), y además podrá requerir a los arrendatarios, titulares de licencias y permisos para que publiquen información particular relacionada con algunas operaciones petroleras (artículo 7 (c) (ii) PIGB).

- Obligación del gobierno de poner la información a disposición del público:

Se requiere poner a disposición del público cierta información mediante la divulgación proactiva (por ejemplo, a través de la Gaceta oficial) relativa a: informes y estadísticas sobre la industria del petróleo (disposición 6 (h) PIGB); un resumen del informe anual y la cuenta financiera auditada de la Comisión (disposición 29(2) PIGB); los fondos recaudados, pagados o gastados según la Ley (disposición 66(d) PIGB); información sobre las adjudicaciones de Licencia de Petróleo (disposición 8(9) PIAB), etc.

- Existencia de cláusulas de confidencialidad:

La PIAB, a través del artículo 25, incluye cuestiones relativas a las cláusulas de confidencialidad. En particular determina que, salvo cuestiones relativas a los derechos de propiedad industrial, las cláusulas de confidencialidad, u otras que tengan el propósito, y el efecto, de impedir el acceso a la información a terceros con respecto a cualquier pago de impuestos, regalías, tarifas y bonos de cualquier naturaleza, serán nulas y sin efecto. Además, añade que el texto de cualquier acuerdo o contrato, celebrado con cualquier entidad controlada por el Gobierno, o cualquier enmienda o carta al respecto, no será confidencial y podrá ser publicado por la Comisión.

- Disposiciones sobre la criminalización de la divulgación de información confidencial u otra información:

El artículo 167 (3) de la PIAB establece sanciones a cualquier Comisionado o empleado de la Comisión por la divulgación de información confidencial sino es de conformidad con las excepciones estipuladas, o en caso de ser utilizada en beneficio personal. La sanción puede ser una multa que no exceda los diez millones de Nairas o incluso el encarcelamiento por un período que no exceda a dos años. Por otro lado, el artículo 171 de la PIAB establece penas a cualquier persona que se niegue a proporcionar o suministrar la información requerida o si proporciona información falsa, etc.

Expuesto todo lo anterior, es preciso acentuar que según la disposición 127.3 de la PIGB “si las disposiciones de cualquier otra ley, incluidas por ejemplo la *Petroleum Act*, *Oil Pipelines Act*, etc., son incompatibles con las disposiciones de la PIGB, prevalecerán las disposiciones de la primera”. A su vez, la Ley 2011, en la Sección 1 (1) dispone que: “a pesar de todo lo contenido en cualquier otra Ley o reglamento, se establece el derecho de cualquier persona a acceder o solicitar información, ya sea

contenida o no en forma escrita, que esté bajo la custodia o posesión de cualquier funcionario público, agencia o institución¹¹²⁹”. Por lo tanto, conforme a esta, en tanto se trata de una Ley de la República Federal de Nigeria, sus disposiciones reemplazarían a cualquier ley existente en lo que respecta a la ocultación y divulgación de información pública¹¹³⁰. La Ley 2011 deriva directamente de la sección 39 de la Constitución de Nigeria de 1999, mientras que la PEIB no, por consiguiente, si existiera algún conflicto entre ambas leyes, la primera debería prevalecer sobre la PEIB, en tanto tiene ese carácter constitucional. En todo caso, deberá verse cómo los tribunales resuelven tales conflictos, teniendo en cuenta que todavía existe una cierta cultura de secretismo que mina la correcta aplicación de la Ley 2011. Esto mostrará el grado de apoyo que tiene el derecho de acceso a la información respecto a las disposiciones contenidas en las leyes petroleras.

4.2.3 Marco legal e institucional en Colombia del derecho de acceso a la información

4.2.3.1 Estado del derecho de acceso a la información en Colombia

Colombia apreció una transcendental reforma política y económica, en especial, a partir de la promulgación de la Constitución de 1991. Elementos de la “buena gobernanza” como la eficacia, la eficiencia, la transparencia, la lucha contra la corrupción o la rendición de cuentas fueron algunos de los principales instrumentos de la Administración del Presidente J.M Santos Calderón para alcanzar los objetivos detallados en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014¹¹³¹.

Para ello, Colombia dispone de una extensa legislación dirigida a establecer un gobierno transparente, responsable, participativo y abierto. En base a este propósito, el país se adhirió a diversos acuerdos y tratados internacionales como la Carta Iberoamericana del Gobierno Electrónico, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción o el EITI. A nivel nacional, dispone también de un amplio abanico de leyes que se ajustan a las prácticas internacionales. En la Constitución de

¹¹²⁹ Ley 2011. “*Right of access to records. 2. (1) Notwithstanding anything contained in any other Act, Law or Regulation, the right of any person to access or request information, whether or not contained in any written form, which is in the custody or possession of any public official, agency or institution howsoever described, is hereby established*”.

¹¹³⁰ Agba, J.U, Ogri, E.U y Adomi K.O “The Nigerian Freedom of Information (FOI) Act and the right to know: Bridging the gap between principle and practice” en *New Media and Mass Communication*, Vol. 73, 2018, p. 24; Nwoke, Uchechukwu, “*Access to Information under the Nigerian Freedom of Information Act, ...op. cit.*”, p. 454.

¹¹³¹ OECD, Gobierno Abierto en América Latina, *Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública*, OECD Publishing, 2015, 144.

Colombia ya se encuentran numerosas referencias a la transparencia y al acceso a la información, como por ejemplo; el derecho a informar y ser informado (art. 20), el derecho que tienen todas las personas a acceder a los documentos públicos, salvo los casos que establezca la ley (art. 74), el derecho a la información sobre la comercialización de bienes y servicios (art. 78), la sujeción al principio de transparencia en los procesos de provisión de empleos públicos (art. 125), la vigilancia de la gestión fiscal de los recursos públicos (art. 267), o la defensa de los intereses públicos y la vigilancia de la conducta de quienes desempeñen funciones públicas (arts. 275 y 277). Asimismo, la jurisprudencia constitucional también ha determinado la existencia de un vínculo estrecho entre el derecho de acceso a la información con el derecho de petición (art. 23) y la libertad de información (art. 20)¹¹³².

Aunque el acceso a la información en Colombia es un derecho fundamental¹¹³³, y ya contaba con un dilatado reconocimiento, se alzaron voces alegando malas prácticas al respecto, resaltando la percepción de que aún seguía existiendo una cultura muy arraigada hacia el secretismo (funcionarios públicos que se muestran reacios a divulgar la información solicitada o bien desconocimiento de sus deberes y obligaciones relacionados con este derecho). La realidad era que la propia administración no publicaba de forma proactiva la información pertinente a su actividad y continuaban existiendo numerosas disposiciones que limitaban el acceso a la información pública¹¹³⁴. En este contexto, fue promulgada la nueva Ley de transparencia y acceso a la información pública 1712 de 2014, constituyendo el marco general para la protección de este derecho en Colombia juntamente con el Decreto 1081 de 2015¹¹³⁵, la Resolución 3564 de MINTIC¹¹³⁶ y el Decreto 103 de 2015¹¹³⁷, entre otras. Es importante señalar que la Ley 1712 es una ley estatutaria, y que, por lo tanto, tiene una jerarquía superior a la ley ordinaria. En este sentido, deberán identificarse si existen leyes estatutarias que todavía contengan disposiciones restrictivas a la transparencia y el acceso a la información, como por ejemplo la Ley de inteligencia sobre los secretos (la cual ya fue declarada inexecutable, es decir, fue

¹¹³² Sentencia T-473 de 1992, Documento público/derecho de acceso a documentos públicos/derecho de petición.

¹¹³³ Ver, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: T-473 de 1992, T-695 de 1996, T-074 de 1997 y C-491 de 2007.

¹¹³⁴ Rojas Forero, Claudia, *El acceso a la información pública en Colombia*, FLIP, 2011, p. 6.

¹¹³⁵ Decreto Número 1081 de 2015.

¹¹³⁶ Resolución 3564 del Ministerio de Tecnologías de la Información y las comunicaciones (MINTIC).

¹¹³⁷ Decreto 103 de 2015. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=60556>.

expulsada del ordenamiento jurídico por contrariar la Constitución). En este sentido, el Tribunal Constitucional, decretó la preeminencia del derecho de acceso a la información en caso de conflictos de normas o de falta de regulación. Esto significa que toda interpretación debe ser favorable a este derecho¹¹³⁸.

Aun así, parece ser que este derecho todavía encuentra desafíos para su efectiva implementación y ejercicio. El último informe de la organización Transparencia por Colombia resumía que todavía después de 15 años, aunque las cuestiones sobre la transparencia y el acceso a la información habían tomado una relevancia importante, y que el gobierno había trabajado en la mejora de su promoción a través de diversos enfoques, todavía existían aspectos que debían ser afrontados para garantizar su pleno ejercicio¹¹³⁹. Este realzó la preocupación sobre cuestiones como los escasos esfuerzos por mejorar los mecanismos de divulgación de información pública o la falta de condiciones institucionales para facilitar el acceso a los ciudadanos. Además, se evidenció la falta de visibilidad de la información general de servicio al ciudadano¹¹⁴⁰. Todo lo anterior, podría suponer claras limitaciones para que los ciudadanos puedan conocer su derecho a acceder a una cierta información que podría ser de su interés para la toma de sus decisiones.

Es por ello, que el estado colombiano ha venido trabajando en esta materia. Según el Gobierno de Colombia, de conformidad con su autoevaluación de los compromisos adoptados con la *Open Government Partnership*, declaró que a través de estos se “habían dado pasos importantes en el reconocimiento del acceso a la información pública como un derecho fundamental en cumplimiento de la Ley 1712 de 2014, y en materia de participación ciudadana en obediencia a la Ley 1757 de 2015”¹¹⁴¹. A pesar de esto, en 2017, la organización “Más información más derechos”, a través de un comunicado, seguía afirmando que el país todavía no garantizaba el derecho de acceso a la información pública¹¹⁴². Por consiguiente, este contexto evidencia la necesidad de que el país continúe trabajando para asegurar su pleno ejercicio. En línea con lo

¹¹³⁸ Corte Constitucional Sentencia C-274/2013, de 9 de mayo.

¹¹³⁹ Arias Villa, Eduardo (edición), *15 años de hallazgos a la institucionalidad colombiana. Índice de transparencia de las entidades públicas*, Transparencia por Colombia, 2017, p. 12.

¹¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 15-17.

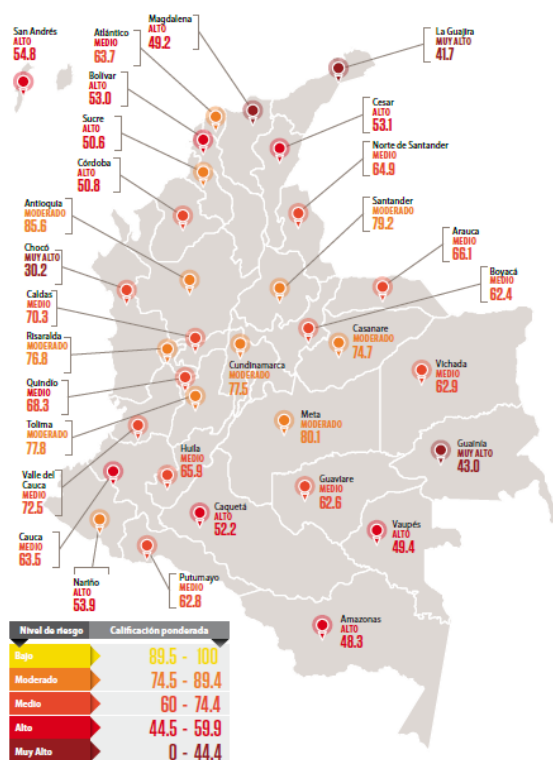
¹¹⁴¹ Gobierno de Colombia, *Informe de autoevaluación final II plan de acción nacional de gobierno abierto 2015-2017: para la inclusión social y territorial*, 2018, p.3.

¹¹⁴² Comunicado de Más información más Derechos: *Colombia aún no garantiza el derecho de acceso a la información pública*. Disponible en: <https://masinformacionmasderechos.co/2017/09/28/colombia-aun-no-garantiza-el-derecho-de-acceso-a-la-informacion-publica/>. Recuperado en mayo de 2021.

anterior, la inclusión del artículo 31 de la Ley 1712 “educación formal” podría devenir un punto cardinal para empoderar a la ciudadanía y que esta conozca su derecho de acceso a la información, sus principios y sus reglas básicas.

En la misma línea, la ilustración 1.12 muestra unos niveles de riesgos muy altos respecto la transparencia y el acceso a la información, en particular en las zonas detectadas como especiales por la ANH (véase ilustración 1.10 (mapa de tierras).

Ilustración 1.12 Índice de transparencia departamental¹¹⁴³



Fuente: Transparencia por Colombia¹¹⁴⁴

En la actualidad, según la evaluación del marco legal de la *Global Right to Information Rating*, Colombia se encuentra en el puesto 37 de 128 países analizados con un total de 102 puntos de 150¹¹⁴⁵. Por otro lado, de conformidad con la Tabla 1.3, se destaca que la formulación del derecho de acceso a la información estaría

¹¹⁴³ Este índice evalúa: Riesgos asociados a la Visibilidad: son generados por la ausencia de información, restricciones al acceso a la información pública y bajo cumplimiento del principio de transparencia activa. Riesgos asociados a la Institucionalidad: son generados por conductas irregulares, deficiencias en los procesos y procedimientos de gestión institucional y por el ejercicio de discrecionalidad en la toma de decisiones. Riesgos asociados a control y sanción: asociados a una baja cultura de autorregulación, de control externo en la entidad y ausencia de mecanismos de sanción por hechos de corrupción. Arias Villa, Eduardo (edición), *Índice de transparencia departamental. Gobernaciones y contralorías. Resultados 2015-2016*, Colección de documentos, observatorio de integridad 18, 2017, p. 7.

¹¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 14.

¹¹⁴⁵ Para más información véase Global Right to Information Rating: <https://www.rti-rating.org/country-data/Colombia/>. Recuperado en mayo de 2021.

ampliamente garantizada, así como su alcance. No obstante, las categorías de “sanción y protección” son las peor valoradas, seguidas de los “procedimientos de solicitud y las apelaciones”. Además, igual que en el caso de Nigeria, los procedimientos de solicitud han visto disminuida la puntuación desde 2011.

En relación con esta última categoría, se entiende podrían existir algunas incongruencias con la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹¹⁴⁶). Concretamente, se subraya que el artículo 25 de la presente Ley establece que toda persona tiene el derecho a acceder a la información pública, sin exigir ninguna cualificación o interés particular. Sin embargo, de manera contradictoria el artículo 16 de la Ley 1437 requiere las razones en las que fundamenta su petición. Además, si bien la Ley 1712 no solicita ningún tipo de identificación, la citada Ley 1437 demanda la identificación completa del solicitante, así como una declaración sobre la relación de los documentos.

¹¹⁴⁶ Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html. Recuperado en mayo de 2021.

Tabla 1.3 Valoración del derecho a la información Colombia

Categorías	Puntuación 2019	Puntuación 2011	Progreso	Máxima puntuación
Derecho de acceso	6	5	↑	6
Alcance	29	17	↑	30
Procedimientos de solicitud	16	19	↓	30
Excepciones y denegaciones	23	17	↑	30
Apelaciones	15	14	↑	30
Sanciones y protección	4	2	↑	8
Medidas promocionales	9	8	↑	16
Total	∑ = 102	∑ = 88	↑	∑ = 150

Nota: la puntuación de 2011 es anterior a la publicación de la Ley 1712 de 2014.

4.2.3.2 Sinergia entre el EITI y la Ley de transparencia y el derecho de acceso a la información en Colombia

Una vez analizado el estado del derecho de acceso a la información en el país, como en el caso de Nigeria, va a examinarse si existen disposiciones de la Ley 1712 que permitan crear un marco óptimo para favorecer un cumplimiento efectivo del EITI o si esta presenta desafíos a la hora de asegurar la divulgación de la información relativa al sector extractivo.

En primer lugar, como en el caso de Nigeria, se deben determinar quiénes son los sujetos obligados por la Ley 1712. Sobre este particular se establece que son “aquellas personas naturales o jurídicas que pueden ser de naturaleza pública o privada descritas

en el artículo 5 de este cuerpo legal”¹¹⁴⁷. Para ahondar con mayor profundidad, será esencial conocer el marco institucional del sector extractivo¹¹⁴⁸. Este mostrará los principales sujetos obligados a divulgar toda la información que generen salvo si esta hace referencia a algunas de las excepciones establecidas en los artículos 18 y 19 de la Ley 1712.

En el caso que nos ocupa, también será importante determinar si el resto de las empresas privadas extractivas deberían estar sujetas. Para este particular dos cuestiones deben ser tenidas en cuenta. La primera es que la redacción del artículo 5 de la Ley 1712 incluye las entidades que administren “recursos de naturaleza u origen público”. Por lo tanto, la explotación sería una actividad incluida dentro de los aferes públicos. Por otro lado, la Constitución Colombiana determina en su artículo 332, que el “Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”. Esto significa que la naturaleza del subsuelo en la que se explora y producen los hidrocarburos es pública. Por lo tanto, las empresas están administrando un bien de naturaleza pública, es decir el subsuelo. La configuración de ambos artículos parece permitir afirmar que las empresas privadas quedarían incluidas en la Ley 1712.

Por otro lado, cabe destacar que las garantías al ejercicio del derecho de acceso a la información se encuentran recogidas en el título IV de la Ley 1712. El cuanto a los recursos que ostenta el solicitante, el texto únicamente hace referencia a la garantía del recurso de reposición en caso de respuesta a la solicitud de información que invoque la reserva de seguridad y defensa nacional o relaciones internacionales (artículo 27). Si bien es destacable que el artículo 28 impone una inversión en la carga de la prueba. Bajo la presunción de que toda la información bajo posesión, control o

¹¹⁴⁷ a) Toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital. b) Los órganos, organismos y entidades estatales independientes o autónomos y de control. c) Las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, que presten función pública, que presten servicios públicos respecto de la información directamente relacionada con la prestación del servicio público. d) Cualquier persona natural, jurídica o dependencia de persona jurídica que desempeñe función pública o de autoridad pública, respecto de la información directamente relacionada con el desempeño de su función. e) Las empresas públicas creadas por ley, las empresas del Estado y sociedades en que este tenga participación. f) Los partidos o movimientos políticos y los grupos significativos de ciudadanos. g) Las entidades que administren instituciones parafiscales, fondos o recursos de naturaleza u origen público.

¹¹⁴⁸ La Presidencia de la República de la cual dependen diversos ministerios como el Ministerio de Minas y Energía, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, o el Ministerio de medio ambiente. De estos además se desprenden diversas agencias o departamentos como la ANH, la Agencia Nacional de Minería, el Servicio Geológico Colombiano, la Unidad de Planeación Minero-Energética, o Ecopetrol, entre otros. Para conocer el Marco Institucional, véase: <http://www.eiticolombia.gov.co/es/informes-eiti/informe-2018/marco-institucional/>. Recuperado en mayo de 2021.

custodia de los sujetos obligados es pública (artículo 2º), es a los sujetos obligados a quienes corresponde demostrar la existencia de una previsión constitucional o legal que expresamente reserva o califica una información como tal.

Asimismo, el artículo 20 determina la responsabilidad penal en caso de ocultar, destruir o alterar deliberadamente, total o parcialmente la información pública, una vez haya sido objeto de una solicitud de información.

Igualmente, en el contexto analizado, también será de especial relevancia el artículo 21 de la Ley 1712, el cual dispone [...] que las “*excepciones de acceso a la información contenidas en la presente ley no aplican en casos de violación de derechos humanos o delitos de lesa humanidad, y en todo caso deberán protegerse los derechos de las víctimas de dichas violaciones.*”

Finalmente, el artículo 8 determina un criterio diferencial de accesibilidad, cuyo propósito es “facilitar que las poblaciones específicas accedan a la información que particularmente las afecte. [...]. Deberá así asegurarse “el acceso a esa información a los distintos grupos étnicos y culturales del país y, en especial, se adecuarán los medios de comunicación para que faciliten el acceso a las personas que se encuentran en situación de discapacidad”. Esta redacción, no podrá ser interpretada por ninguna autoridad pública como una restricción, sino que se trata de una obligación de divulgación, en el sentido de establecer las formas y los medios, para que tanto las comunidades étnicas como las personas en situación de discapacidad puedan, comprender la información pública que pueda afectarlos¹¹⁴⁹.

En este sentido el Tribunal Constitucional dictaminó que la materia regulada por la Ley “conciene a todos los colombianos, y a la sociedad en general, sin que exista un impacto diferenciado y específico o una afectación directa sobre las comunidades indígenas y afrodescendientes”. Por lo tanto, el régimen estatutario “tiene por objeto asegurar el acceso a la información pública, en igualdad de condiciones a todos los residentes en Colombia, así como definir las excepciones a la publicidad de la información y los mecanismos para la protección de este derecho”. En otras palabras,

¹¹⁴⁹ Corte Constitucional Sentencia C-274/2013, de 2013.

no podrá requerirse a las comunidades indígenas y afrodescendientes un interés particular a la hora de solicitar información¹¹⁵⁰.

Expuesto lo anterior, se va a considerar la información requerida por el EITI y si esta se encuentra amparada por alguna de las excepciones establecidas en el Título III¹¹⁵¹, en particular también en este caso sobre la publicación de los contratos, información tributaria e información ambiental.

- Divulgación en materia contractual:

A tenor de la publicación de los contratos, el informe de Validación declaró la existencia de legislación que exige la publicación de los contratos, la cual se consagra a través de tres pilares básicos: i) la Ley 1712; ii) la política de transparencia de los contratos adoptada por la ANH; y iii) una política similar de la Agencia Nacional de Minería¹¹⁵². Además, el Informe EITI 2016 de Colombia incluía vínculos al depósito de contratos hidrocarburíferos de la ANH, afirmando que todos los contratos son públicos, con excepción de algunas cláusulas, como, por ejemplo, las cuestiones relacionadas con derechos económicos que se encuentran censuradas:

“Las minutas de los contratos suscritos con la ANH, incluidos sus anexos, sí se pueden publicar total o parcialmente, en atención al principio de transparencia establecido en la Ley 1712 de 2014, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a dicha información, garantizando los derechos constitucionales a la defensa, el debido proceso y el acceso a los documentos públicos. En dicho sentido consideramos que la excepción establecida en el literal c) del Artículo 18. “Información exceptuada por daño de derechos a persona naturales o jurídicas” de dicha Ley, aplica a la información derivada de la ejecución del contrato (como es el caso de los pagos efectuados por

¹¹⁵⁰ *Idem.*

¹¹⁵¹ Por su parte, el artículo 19 se exceptúa a divulgar aquella información que pudiera causar daño a los intereses públicos (información pública reservada: Art. 6 LTAIP: d) es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, es exceptuada de acceso a la ciudadanía por daño a intereses públicos y bajo cumplimiento de la totalidad de los requisitos consagrados en el artículo 19 de esta ley). Este acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito cuando el acceso estuviere expresamente prohibido por una norma legal o constitucional, en las siguientes circunstancias: “a) La defensa y seguridad nacional; b) La seguridad pública; c) Las relaciones internacionales; d) La prevención, investigación y persecución de los delitos y las faltas disciplinarias, mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos, según el caso; e) El debido proceso y la igualdad de las partes en los procesos judiciales; f) La administración efectiva de la justicia; g) Los derechos de la infancia y la adolescencia; h) La estabilidad macroeconómica y financiera del país; i) La salud pública”.

¹¹⁵² EITI, *Secretariado Internacional del EITI, Validación de Colombia Informe...op. cit.*, p 40.

derechos económicos, por ejemplo), y no a la suscripción y perfeccionamiento del mismo.”¹¹⁵³

En este caso el artículo 18 c) brinda especial relevancia. Este artículo reza que podrá ser rechazado o denegado de manera motivada, y por escrito, aquella solicitud sobre información pública clasificada¹¹⁵⁴, siempre que el acceso pudiere causar un daño a los siguientes derechos: [...] c) Los secretos comerciales, industriales y profesionales”. Los contratos sobre la exploración y explotación de carburos, por lo general, como se ha mencionado, establecen cláusulas de confidencialidad¹¹⁵⁵ relacionada con la información comercial¹¹⁵⁶. A este menester, en caso de querer solicitar esta información, la administración pública deberá probar que se encuentra de conformidad con la Sentencia de la Corte Constitucional, C-491/07. Esta ha considerado que sólo es legítima una restricción del derecho de acceso a la información pública (o el establecimiento de una reserva legal sobre cierta información) cuando: “I) *la restricción está autorizada por la ley o la Constitución; II) la norma que establece el límite es precisa y clara en sus términos de forma tal que no ampare actuaciones arbitrarias o desproporcionadas de los servidores públicos; III) el servidor público que decide ampararse en la reserva para no suministrar una información motiva por escrito su decisión y la funda en la norma legal o constitucional que lo autoriza; IV) la ley establece un límite temporal a la reserva; V) existen sistemas adecuados de custodia de la información; VI) existen controles administrativos y judiciales de las actuaciones o decisiones reservadas; VII) la reserva opera respecto del contenido de un documento público pero no*

¹¹⁵³ Derechos económicos son una retribución en dinero o en especie que hacen las empresas del sector de hidrocarburos y es recaudado por la ANH. Existen cuatro tipos: usos del subsuelo, transferencia de tecnología, precios altos, participación en la producción. EITI Colombia, Informe EITI Colombia 2013, 2015, p. 26.

¹¹⁵⁴ La información pública clasificada es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, pertenece al ámbito propio, particular y privado o semiprivado de una persona natural o jurídica por lo que su acceso podrá ser negado o exceptuado, siempre que se trate de las circunstancias legítimas y necesarias y los derechos particulares o privados consagrados en el artículo 18 de esta ley (Art. 6 LTAP (c)).

¹¹⁵⁵ Modelo de contrato de la ANH. Disponible en: <http://ronda2014.anh.gov.co/rondacolombia2014/images/archivos/terminosdereferencia/Minuta%20TEA%2002-04-14.pdf>. Recuperado en mayo de 2021.

¹¹⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-491/07. “La Corte ha considerado que sólo es legítima una restricción del derecho de acceso a la información pública –o el establecimiento de una reserva legal sobre cierta información- cuando: I) la restricción está autorizada por la ley o la Constitución; II) la norma que establece el límite es precisa y clara en sus términos de forma tal que no ampare actuaciones arbitrarias o desproporcionadas de los servidores públicos; III) el servidor público que decide ampararse en la reserva para no suministrar una información motiva por escrito su decisión y la funda en la norma legal o constitucional que lo autoriza; IV) la ley establece un límite temporal a la reserva; V) existen sistemas adecuados de custodia de la información; VI) existen controles administrativos y judiciales de las actuaciones o decisiones reservadas; VII) la reserva opera respecto del contenido de un documento público pero no respecto de su existencia; VIII) la reserva obliga a los servidores públicos comprometidos pero no impide que los periodistas que acceden a dicha información puedan publicarla; IX) la reserva se sujeta estrictamente a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; X) existen recursos o acciones judiciales para impugnar la decisión de mantener en reserva una determinada información.

respecto de su existencia; VIII) la reserva obliga a los servidores públicos comprometidos pero no impide que los periodistas que acceden a dicha información puedan publicarla; IX) la reserva se sujeta estrictamente a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; X) existen recursos o acciones judiciales para impugnar la decisión de mantener en reserva una determinada información”. Por lo tanto, la autonomía de la voluntad no brinda a las partes libertad para pactar qué información puede ser clasificada o reservada. ¿Podría en este caso esgrimirse un derecho público subjetivo de ciudadanía de conocer dicha información? No es una respuesta que podamos dar ya que será un procedimiento que aplique caso por caso.

- *Divulgación en materia fiscal:*

En segundo lugar, como es sabido, la transparencia tributaria reviste un especial interés. En este caso, el EITI colombiano determina que los flujos están constituidos por los dividendos, los impuestos directos y las regalías. Habida cuenta que el EITI requiere la desagregación por cada fuente de ingreso material, se tuvo que pactar con las empresas el levantamiento de la reserva legal que otorga el Estatuto Tributario en los artículos 583 y 584¹¹⁵⁷.

- *Divulgación en materia medioambiental:*

En tercer lugar, la información en materia ambiental es de interés público, por lo que los pagos y las inversiones que se lleven a cabo deben ser facilitados a los ciudadanos en caso de que sea requerida por los mismos. La propia Ley 1712 no hace ninguna referencia a cuestiones sobre el medioambiente en las disposiciones 18 o 19. Si bien igualmente, el artículo 50 del Decreto 2041 de 2014 contempla la posibilidad que “toda persona natural o jurídica tiene derecho a formular directamente una petición de información en relación con los elementos susceptibles de producir contaminación y los peligros que el uso de dichos elementos pueda ocasionar a la salud humana”. Añadiendo que la información puede incluir el monto y la utilización de los recursos financieros, que están destinados a la preservación del medio ambiente.

¹¹⁵⁷ EITI Colombia, *informe EITI Colombia 2013*, 2015, p 30. Estatuto Tributario Nacional. Libro Quinto - Procedimiento Tributario. Disponible en: <https://estatuto.co/?c=libro-v-titulo-ii&o=1&w=libro-quinto>. Recuperado en mayo de 2021.

4.2.3.3 Promoción de la gestión de la información en las leyes del petróleo y el gas en Colombia

Tras la exposición de la normativa que regula el sector extractivo se observa que Colombia, gozaría de mayor estabilidad normativa a diferencia de Nigeria. Por consiguiente, en este caso se considera que el impacto directo (o relación causal) del EITI en el marco legislativo habría sido menor¹¹⁵⁸. Es decir, la actuación del país no estaría tan dirigida a aplicar reformas directas sobre la legislación del sector sino, tal y como afirmó el informe de progreso de 2017, “a fortalecer la transparencia en la cadena de valor en el sector extractivo en beneficio del desarrollo sostenible local y nacional¹¹⁵⁹. Sin embargo, también será necesario examinar si las leyes del sector de los hidrocarburos pueden suponer una limitación al acceso a la información o si por el contrario la facilitan o no plantean desafíos muy significativos.

- Obligación de generar y recopilar cierta información:

En el marco normativo colombiano, se ha detectado la existencia de una diversidad de leyes que exigen la presentación de datos y/o generación de documentos como actas, auditorías o informes, como puntualiza, por ejemplo, la Ley 1530 de 2012 (artículos, 5, 32, 36 o 41), obligando así a crear y recopilar información específica. Asimismo, el Decreto 1056 de 1953, por el cual se expide el código de petróleos, requiere en varias disposiciones la presentación de información y datos sobre aspectos relacionados con la exploración, explotación, refinación, transporte y distribución del petróleo (véase por ejemplo artículo 7, 28 y 214). Por otro lado, el artículo 4 del Decreto 2288 de 2004, que establece los arreglos institucionales a implementar entre Ecopetrol y la ANH en relación con los contratos de asociación, decreta que “Ecopetrol S.A entregará a la Agencia Nacional de Hidrocarburos toda la información técnica y geológica que repose en el Banco de Información Petrolera”. Otro ejemplo, puede encontrarse en el Acuerdo 08 de 2004, Reglamento para la contratación de áreas de exploración y explotación de hidrocarburos, a través del cual se solicita cierta información a los Proponentes (personas jurídicas, nacionales o extranjeras,

¹¹⁵⁸ Con el fin de conocer con mayor exactitud cómo el EITI ha sido implementado en el país, se llevó a cabo una consulta directa al Ministerio de Minas y Energía, quien afirmó, a través del Grupo de ejecución estratégica del sector extractivo, que la iniciativa del EITI no se encuentra desarrollada dentro de la normativa del país, como ocurre en Nigeria, sin embargo, esta cumple con los lineamientos establecidos por el Comité Tripartido Nacional (máximo órgano de toma de decisiones de la iniciativa en Colombia).

¹¹⁵⁹ EITI Colombia, *Plan de Acción Nacional 2014-2017*, 2017. Disponible en: <http://www.eiticolombia.gov.co/es/documentos/plan-de-accion-nacional/>. Recuperado en junio de 2021.

consorcios o Uniones Temporales) que presentan a la ANH una Propuesta de Contratación. Asimismo, la Resolución 18-1495 de 2009, por la cual se establecen las medidas en materia de exploración y explotación de hidrocarburos, demanda en su artículo 60 la realización de informes sobre las Actividades de Producción. Por último, también pueden encontrarse resoluciones, como la 412 de 2013, por la cual se establecía la metodología, términos y condiciones, para la determinación del precio base de liquidación de las regalías de gas causadas durante el año 2013, que requirieran de forma expresa la obligación de entregar información concreta (véase artículo 5, “Entrega de información” de dicha Resolución).

- *Obligación de mantener registros:*

Aunque no se extiende a todas las normas, se han encontrado ejemplos en los cuales se determina la obligación de establecer registros. Así, la citada Ley 1530 de 2012 demanda al Ministerio de Minas y Petróleos de manera expresa, en varios de sus artículos, la obligación de registrar información (véase artículos 28, 78 o 92). Del mismo modo, el Decreto número 1082 de 2015 estipula la obligación de disponer de registros de información (artículo 2.2.4.1.2.9.5.) a varios sujetos como las entidades territoriales, los ejecutores de los proyectos, los órganos del Sistema General de Regalías, etc., así como también un registro de libros (artículo 2.2.4.6.10) en relación con las cajas menores de los órganos del sistema general de regalías.

- *Obligación del titular de la licencia de mantener registros, proporcionar información al gobierno y hacer pública determinada información:*

El examen de las principales leyes del sector muestra que no es una práctica habitual la obligación de requerir a los titulares de las licencias el establecimiento de registros, así como tampoco la obligación directa de hacer pública cierta información. Si bien, existe algún caso muy concreto como la demanda, a través del artículo 169 de la Ley 1530 de 2012, a que “toda instalación de perforación o sondeo que se efectúe para explorar o explotar petróleo de propiedad nacional o particular, lleve un registro de perforación o diario de sondeo, en el que se anote diariamente el trabajo hecho en el día, la profundidad alcanzada, naturaleza, clase color, espesor y consistencia de las capas atravesadas; diámetro, espesor, longitud, peso y clase de las tuberías usadas en el revestimiento”.

- Obligación del gobierno de poner la información a disposición del público y existencia de cláusulas de confidencialidad:

Sobre este particular, no se han encontrado de manera significativa disposiciones que aseguren la publicidad activa de cierta información. No obstante, un precepto relevante en este sentido sería el artículo 34 del Decreto 1056 de 1953, que concreta “que se publicará un extracto de las propuestas para contratar la exploración con taladro y la explotación de petróleo de propiedad nacional en el Diario Oficial”. En este sentido, cabe resaltar que el Acuerdo de 2012 sobre los criterios de administración, asignación y contratación, señala que “si bien el desempeño contractual de la ANH será público y los registros que contienen información sobre el contrato serán abiertos, algunos detalles se mantendrán confidenciales (por ejemplo, los aspectos protegidos por la ley que están sujetos a confidencialidad según las cláusulas del contrato)”. Por otro lado, también el citado artículo 4 del Decreto 2288, añade que sobre la “información técnica y geológica se podrán establecer las condiciones de confidencialidad y reserva legal”, de conformidad con la normativa de aplicación. Sobre este particular, también debe tenerse en cuenta el artículo 71 de la Ley 1530 de 2012, que requiere que se garantice el “acceso a la información del Sistema General de Regalías, con el fin de fortalecer la lucha contra la corrupción, en términos de eficiencia de la gestión pública de las entidades involucradas en el mismo, contribuyendo al proceso de generación de opinión pública y control social”. Si bien se concreta que, aunque no se podrán oponer reservas respecto las actuaciones del Departamento Nacional de Planeación (órgano del sistema General de Regalías), los documentos que se obtengan, sí que estarán amparados por la reserva que la Constitución y la ley establezcan respecto de ellos. Por lo tanto, quien tenga acceso al expediente estará obligado a guardar la correspondiente reserva aplicable (artículo 121).

- Disposiciones sobre la criminalización de la divulgación de información confidencial u otra información:

Por último, a diferencia de Nigeria, no se ha detectado ningún precepto en este sentido.

Por otro lado, cabe subrayar que el Decreto 714 de 2012, que otorga facultad a la ANH para diseñar, implementar y administrar el modelo de asignación de áreas, detalla la estructura de la Agencia, y estipula que, entre otros órganos, dispondrá de

la Oficina de Tecnologías de la Información. Entra otras funciones, esta oficina llevará a cabo la implementación de la infraestructura tecnológica de la entidad para garantizar el soporte adecuado de los sistemas de información. Por lo tanto, la Agencia se está dotando de herramientas que garanticen la gestión de la información. Finalmente, también es de especial interés en términos de acceso, el Decreto 2041 de 2014, que instaura la Ventanilla Integral de Trámites Ambientales en Línea (artículo 47)¹¹⁶⁰, mientras que el artículo 50 del mismo cuerpo legal dispone el derecho de acceso a la información.

Así, en este apartado se ha planteado un escenario en el que las leyes de transparencia y acceso a la información deberían situarse en el centro de la implementación del EITI para que este sea efectivo, y no entren en conflicto con el marco normativo del país. Por ello, los grupos multipartícipes de cada país deberían llevar a cabo un estudio análogo al aquí presentado, con el fin de examinar el estado de este derecho, la coherencia entre estas leyes y los requisitos del EITI, así como con las leyes que regulan el sector. Este podría presentar un punto de partida para los planes nacionales. En particular, los casos de Nigeria y Colombia han mostrado, que, a pesar de los compromisos adoptados y las reformas llevadas a cabo, todavía existe un marco que no es propicio para el total cumplimiento de los Requisitos del EITI.

4.3 Mecanismos EITI para asegurar la implementación y el cumplimiento del Estándar

Hasta ahora se ha examinado si los propios mecanismos del Estado podrían garantizar el principio de seguridad ante el EITI, es decir, ¿pueden estos asegurar el cumplimiento de los Requisitos del Estándar? En esta línea, también surge el planteamiento de si el propio EITI dispone de herramientas para ayudar a asegurar la implementación del EITI, así como el desempeño de los países en la consecución de estos Requisitos. Para ello, se va a evaluar el proceso de Validación, el impacto del desarrollo de las políticas de datos abiertos, y la incidencia de los Planes de Trabajo Nacionales.

¹¹⁶⁰ Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=59782>. Recuperado en diciembre de 2021,

4.3.1 El proceso de Validación del EITI

El EITI, como se ha venido apuntando, asevera que con su implementación se va a mejorar la transparencia y la rendición de cuentas con respecto al modo en que se gobiernan los recursos naturales de un país¹¹⁶¹. Una rendición de cuentas que, desde el ámbito jurídico, debe entenderse no sólo como un principio del derecho, sino también como un deber (tanto de la administración pública como del sector privado), y un derecho de la ciudadanía¹¹⁶². En este sentido, y teniendo en cuenta que los recursos naturales pertenecen a sus ciudadanos¹¹⁶³, es interesante la siguiente definición: “*la rendición de cuentas es la operación que está obligada a realizar toda persona que tenga encomendada la administración de bienes ajenos, por la que expone el estado del patrimonio administrado y las gestiones realizadas para su conservación, con indicación de todo cuanto ha realizado en el desempeño de su cometido, de todo lo que ha pagado y de todo cuanto ha recibido, de todas las obligaciones que ha asumido frente a los terceros y de las que éstos asumieron frente a él—si actuó en nombre propio— o frente al mandante —si lo hizo como representante—*”¹¹⁶⁴.

De este modo, en base a esta definición de la rendición de cuentas, y observando la conceptualización detallada en el Capítulo 2¹¹⁶⁵ sobre este término, se ha de puntualizar que esta y la transparencia son conceptos conexos, pero no deben confundirse. Es decir, se rinden cuentas cuando se explica o se justifican las acciones a los ciudadanos (la población se asegura que las autoridades se responsabilizan de sus actos); se es transparente cuando se exhibe u ofrece información sobre el funcionamiento, ya sea una administración pública o una empresa, y esto permite el escrutinio público¹¹⁶⁶. Por lo tanto, la transparencia va a permitir a los ciudadanos exigir que los actores obligados actúen de conformidad con las leyes o incluso, con las iniciativas voluntarias, y es necesaria para la rendición de cuentas.

¹¹⁶¹ Véase: *El Estándar EITI 2019*.

¹¹⁶² Véase, Suárez Robledano, José Manuel, “La rendición de cuentas como principio general del Derecho”, en *Revista Española de Control Externo*, vol. XVII, núm. 50, 2015, pp. 11-55.

¹¹⁶³ *Vide supra*, Capítulo 3, 1.4 Relevancia jurídico internacional: la soberanía permanente de los recursos naturales.

¹¹⁶⁴ Véase Fernando Hipólito Lancha, *Rendición de cuentas en las comunidades de propietarios*, 2010, (AP Madrid, sec. 25ª, Sentencia de 13 de noviembre de 2008). Disponible en <https://elderecho.com/rendicion-de-cuentas-en-las-comunidades-de-propietarios>. Recuperado en junio de 2021.

¹¹⁶⁵ *Vide supra*, Capítulo 2, 1.3.4 Rendición de cuentas: responsabilidad ante la sociedad.

¹¹⁶⁶ Agurcía Valencia, Gilma, “Importancia del derecho de acceso a la información pública”, en *Revista de Derecho*, Vol. 32, núm. 1, 2011, p. 34.

Teniendo en cuenta lo anterior, los países implementadores se someten al escrutinio público principalmente a través de la publicación de los informes EITI o de los informes de progreso. Mediante estos se podría entender que se estaría cubriendo la dimensión denominada “*answerability*”¹¹⁶⁷, es decir la obligación de divulgar la información requerida y explicar sus decisiones, ya que estos, en principio, se articulan sobre acciones concretas y se sustentan con elementos objetivables posibles de verificar.

Dicho esto, se plantea la duda de si los países pueden mejorar su rendición de cuentas con el tiempo. Como es sabido, la implementación de toda iniciativa debe ser monitoreada, en el caso del EITI este proceso se lleva a cabo principalmente a través del proceso conocido como Validación. Este evalúa el progreso del cumplimiento de los Requisitos del EITI¹¹⁶⁸, ofreciendo coherencia e integridad, ya que todos los países son valorados según las mismas reglas. Pero la importancia, desde la visión de la mejora, viene dada cuando el propio Estándar subraya que este informe tiene como propósito “identificar el impacto del EITI en el país que está siendo validado, así como verificar la implementación de actividades sugeridas por el Estándar EITI, las lecciones aprendidas en la implementación del EITI, u otras cuestiones expresadas por las partes interesadas, así como las recomendaciones estipuladas para la implementación del EITI en el futuro”¹¹⁶⁹. De este modo, las validaciones proveen recomendaciones que los países implementadores deberían tener en consideración. En otras palabras, estas son la base para las reformas y los avances aplicables que permitan asegurar un mayor cumplimiento con el EITI. El siguiente gráfico muestra precisamente cómo los países mejoran sus resultados entre cada Validación¹¹⁷⁰:

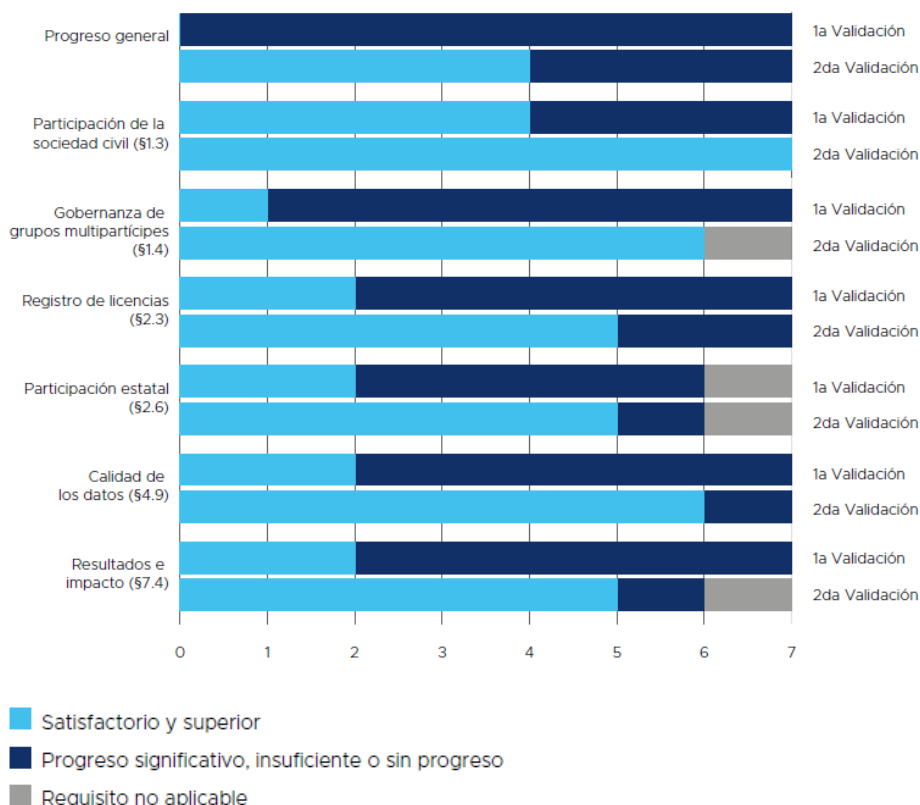
¹¹⁶⁷ *Vide supra*, Capítulo 2, 1.3.4 Rendición de cuentas: responsabilidad ante la sociedad.

¹¹⁶⁸ Para obtener información más detallada sobre el proceso de Validación véase EITI, *Report of the EITI International Advisory Group*, “Annex A: Validation guide”, 2006 así como EITI, el *Estándar del EITI 2019*.

¹¹⁶⁹ EITI, *Estándar 2019*, p. 5.

¹¹⁷⁰ EITI, *Informe de Progreso 2019*, p. 15.

Gráfico 1.9 Progreso de mejoras de conformidad con la Validación



Fuente: EITI¹¹⁷¹

Estas mejoras se logran gracias a la implicación de diversos actores que participan en las siguientes fases:

- Fase de preparación para la Validación (novedad del Estándar 2019):

La voluntad del EITI por promover el diálogo y el aprendizaje a nivel nacional ha fomentado la inclusión de esta fase. Su principal propósito es ofrecer un mayor grado de implicación del grupo multipartícipe. Para ello, se anima al grupo a realizar una autoevaluación sobre la adherencia al Estándar con carácter previo, a través de la cual se podrán señalar aquellas cuestiones sobre las que se considera que la Validación deberá prestar especial atención. Esta fase sería un buen momento para que el grupo empezara a introducir los aspectos hasta ahora discutidos sobre el derecho de acceso a la información.

¹¹⁷¹ EITI, *Informe de Progreso 2019*, p. 48. Resultados se han extraído en base a países que han sido evaluados dos veces (Ghana, Mauritania, Mongolia, Nigeria, Norway, São Tomé and Príncipe, Timor-Leste).

- Fase de recopilación inicial de datos y consulta a las partes interesadas:

En esta fase, el Secretariado examina la documentación relevante, visita el país y consulta a las partes interesadas. En base a estas investigaciones prepara un informe inicial de evaluación de progreso que será presentado al Validador.

- Fase de validación independiente;

El Consejo EITI designa a un Validador Independiente para que evalúe, y pueda presentar un informe preliminar sobre si la evaluación inicial realizada por el Secretariado se ha llevado a cabo de conformidad con la Guía de Validación. Este segundo informe se enviará al grupo multipartícipe para que añada los comentarios que considere oportunos. Considerados los comentarios, el Validador presentará, al Comité de Validación, su informe final respecto al progreso del cumplimiento de cada uno de los requisitos del EITI¹¹⁷². Este Comité, una vez revisado el informe, mostrará sus recomendaciones al Consejo EITI y aquellas correcciones que considere necesarias.

- Fase de revisión del Consejo;

Finalmente, el Consejo será el órgano encargado de presentar la decisión final sobre si el Estado cumple o no con los Requisitos del EITI, y hará sus consideraciones sobre el progreso global de cumplimiento de conformidad con el artículo 4 del Procedimiento del Consejo para la supervisión de la implementación del EITI (sección 4 del Estándar EITI 2019¹¹⁷³). Todo este proceso permanecerá confidencial hasta la adopción final del Consejo EITI.

Si el proceso de Validación verifica que un país ha alcanzado un progreso satisfactorio respecto a todos los Requisitos, el Consejo EITI lo calificará con un

¹¹⁷²El nivel de progreso de cada Requisito del EITI de forma individual se indicará según diferentes grados, a decir: i) progreso destacado (se han implementado todos los aspectos del requisito, incluidos aquellos que “se esperan”, “se alientan” y “se recomiendan”, y el objetivo más global del requisito se ha cumplido mediante la divulgación sistemática de información en los sistemas del gobierno y las empresas; ii) progreso satisfactorio (se han implementado todos los aspectos del requisito y que se ha cumplido el objetivo más global del requisito); iii) progreso significativo (se han implementado aspectos significativos del requisito y que se está cumpliendo el objetivo más global del requisito); iv) progreso insuficiente (no se han implementado aspectos significativos del requisito y que está lejos de cumplirse el objetivo más global del requisito); y v) sin progreso (ninguno o casi ninguno de los aspectos significativos del requisito han sido implementados y que no se cumple el objetivo más global del requisito).

¹¹⁷³ El Consejo EITI realizará una evaluación global del progreso con el cumplimiento de todos los requisitos del Estándar EITI. Para determinar la evaluación global de un país, el Consejo EITI aplicará la misma escala aplicada en las evaluaciones de los requisitos individuales, y tendrá en cuenta los resultados de las valoraciones individuales; los consejos y recomendaciones de los Validadores y el Comité de Validación; la naturaleza de los Requisitos no implementados y la proximidad de su cumplimiento; la magnitud y complejidad del sector extractivo en el país; otras barreras para alcanzar los Requisitos como la fragilidad del país; los esfuerzos realizados por el grupo multipartícipe para cumplir con los Requisitos; las justificaciones y razones del incumplimiento; y los planes acordados por el grupo para abordar los Requisitos en el futuro. Además, la evaluación indicará los esfuerzos del país para ir más allá de los Requisitos EITI y, en caso de no ser la primera, la dirección del progreso hacia el cumplimiento de cada Requisito en comparación con Validaciones previas.

estatus de progreso global satisfactorio. Raya la evidencia que los países tienen la obligación de seguir respetando los Principios y Requisitos de la EITI para poder conservar su estatus, por ello cada tres años se emprenderá un nuevo proceso de Validación, o si surgen preocupaciones sobre su implementación, el Consejo se reserva el derecho a exigir una Validación anticipada. Además, si las partes interesadas consideran que el estatus del país debería ser revisado pueden presentar una solicitud al Consejo a través del el/los representantes del grupo de partes interesadas¹¹⁷⁴ para que el Consejo considere esta revisión anticipada¹¹⁷⁵.

De conformidad con los resultados la Validación declarará la situación del Estado según la siguiente clasificación: a) *Sin progreso*: el país será excluido; b) *Progreso insuficiente*: el país será suspendido temporalmente, y se le pedirá que lleve a cabo medidas correctoras hasta la siguiente Validación. Para levantar la suspensión será necesario que en la Validación se demuestre un progreso significativo, y c) *Progreso significativo*: el país es considerado como un país EITI, pero se le pide que lleve a cabo medidas correctivas¹¹⁷⁶.

Y ¿qué sucederá cuando el país logre el nivel máximo de progreso según el EITI? Surge la duda de si esto podría originar falta de motivación para que un país continúe mejorando. Teniendo en cuenta que se han observado países que han adoptado medidas de transparencia más allá del EITI, esta investigación entiende que este estándar se configuraría como una iniciativa de mínimos, y que, por lo tanto, existe todavía un camino de mejora en relación con la transparencia y la gobernanza. Además, cabe resaltar que la inactividad podría ser peligrosa, habida cuenta que la obtención de la máxima calificación no significa que el país haya alcanzado unos

¹¹⁷⁴ Las partes interesadas hace referencia al grupo multipartícipe operativo compuesto por el gobierno, las empresas y una sociedad civil con participación plena, independiente, activa y efectiva

¹¹⁷⁵ Los procesos de Validación de Nigeria y Colombia se han mostrado a través de la exposición del grado de cumplimiento de ambos países. *Vide supra*, 3.3 Grado de cumplimiento de los Requisitos EITI en Nigeria y Colombia.

¹¹⁷⁶ En particular, cuando se determina la necesidad de llevar a cabo medidas correctivas el EITI ha definido con exactitud los posibles escenarios y su resultado. De manera literal el artículo 6 – Resultado de las Validaciones, de la Supervisión de la implementación del EITI por el Consejo reza: “, (1) Si el país alcanza un progreso significativo global en la segunda Validación, pero no se observan mejoras en requisitos individuales, el país será suspendido temporalmente y se le solicitará que lleve a cabo medidas correctivas hasta la tercera Validación. Si el país alcanza un progreso significativo global en la tercera Validación, pero no se observan mejoras en requisitos individuales, el país será excluido. Si el país alcanza un progreso significativo global en la tercera Validación, pero se observan mejoras considerables en varios requisitos individuales, el país mantendrá la suspensión. El Consejo establecerá nuevas medidas correctivas. Si no se cumplen todos los requisitos (por ejemplo, abordar las acciones correctivas) en la cuarta Validación, el resultado será la exclusión. (2) Si el país alcanza un progreso significativo global en la segunda Validación, y se observan mejoras considerables en varios requisitos individuales, el país será considerado país del EITI al tiempo que lleva a cabo medidas correctivas. Si el país alcanza un progreso significativo global en la tercera Validación, el país será suspendido temporalmente. El Consejo establecerá nuevas medidas correctivas. Si no se cumplen todos los requisitos (por ejemplo, aboradas las acciones correctivas) en la cuarta Validación, el resultado será la exclusión. (3) Si un país alcanza un progreso insuficiente en la segunda Validación o en las Validaciones subsiguientes, se aplica el procedimiento del punto (i) anterior”.

niveles excelentes de transparencia ni tampoco de que haya mejorado su nivel de rendición de cuentas. Es por ello, que el propio EITI ha señalado que, aunque se indique que un país está realizando un progreso satisfactorio o significativo, esto no indica que haya dejado de haber corrupción en el país¹¹⁷⁷, es decir, el cumplimiento no puede traducirse en “trabajo finalizado”. Meramente implica que el país ha puesto en práctica los aspectos significativos de todos los Requisitos EITI y posee, en todo caso, mecanismos de divulgación pública¹¹⁷⁸.

Todo esto muestra que, en realidad, se trata de una evaluación técnica según lo estipulado por los Requisitos EITI, y no de una evaluación de impacto o de voluntad política. Esto nos lleva a plantear si el proceso de Validación es demasiado general. Por ejemplo, la Guía para la Validación EITI (2019)¹¹⁷⁹, se centra en solicitar al Validador que documente si el país ha divulgado la política del gobierno en materia de transparencia contractual, remarcando que, “en caso de no haber una legislación vigente, se debería incluir una explicación que indique dónde está consagrada la política gubernamental”. Sobre este particular, se han detectado casos en los que se ha evaluado positivamente a países por el mero hecho de informar que no disponen de esas políticas o no llevan a cabo estas prácticas¹¹⁸⁰. En este sentido, se puede argumentar que la forma de evaluar este requisito podría estar potencialmente enviando una señal confusa y contraria a la intención real del EITI. Dicho de otro modo, ¿podría un progreso significativo no traducirse en un impacto real de mejora de la transparencia?

En resumen, si bien se ha mostrado que este proceso puede ayudar a los países a mejorar su progreso respecto al cumplimiento de los Requisitos del EITI, gracias a las recomendaciones realizadas, también se considera que el EITI debería llevar a cabo

¹¹⁷⁷ Países como Nigeria, han sido destacados por su éxito en la implementación del EITI, sin embargo, el Índice de la Gobernanza de los Recursos Naturales 2017 mostró que, de los 89 países analizados, Nigeria se encontraba en la posición 55. Esta posición entra en el grupo de deficiente lo que significa que “el país ha establecido algunos procedimientos y prácticas mínimos y selectivos para gobernar los recursos, pero falta la mayoría de los elementos necesarios para hacer que la riqueza en recursos extractivos beneficie a los ciudadanos. Natural Resource Governance Institute, *Índice de la Gobernanza de los Recursos Naturales*, 2017, p. 5.

¹¹⁷⁸ EITI, Preguntas frecuentes. Disponible en: <https://eiti.org/es/preguntas-frecuentes>. Recuperado en junio de 2021.

¹¹⁷⁹ Véase EITI, *Guía para la Validación EITI*, 2019.

¹¹⁸⁰ En Kazajstán, el Informe EITI de 2015 señalaba que Kazajstán no dispone de normativa relativa a la transparencia contractual. Sin embargo, se considera que el país es transparente en cuanto ha afirmado que su política y práctica no fomentan la divulgación pública y que, por lo tanto, su progreso en relación con este requisito ha logrado un progreso satisfactorio por el hecho de afirmarlo. En contraste, según el Informe EITI, Níger tiene una política clara sobre la transparencia del contrato establecida en la constitución, y la publicación real de los contratos se determina se lleva a cabo a través del Boletín Oficial. A pesar de esta política, Níger solo logró un progreso inadecuado en el requisito del EITI porque el informe del EITI no confirmó la implementación de la política de transparencia del contrato a través del boletín. EITI, *Contract Transparency in Oil, Gas and Mining Opportunities for EITI Countries*, 2018, p. 16.

un examen más riguroso y exigente del cumplimiento de los Requisitos EITI, en el que se analicen y se hagan recomendaciones sobre el impacto real que las reformas o las medidas adoptadas están teniendo en la consecución, tanto de los objetivos establecidos por el grupo multipartícipe, como de los propósitos determinados por el EITI. Así, la idea es no reducirlo a una simple verificación de si la información ha sido o no divulgada. Por ahora, precisamente sobre este particular, en el momento de cerrar la presente investigación, el EITI realizó cambios en el proceso de Validación, a través del cual en la próximas evaluaciones se empezará a medir el impacto de la implantación del EITI de acuerdo con cinco indicadores que evaluarán la efectividad y la sostenibilidad del Requisito 1.5 (Plan de trabajo) y el Requisito 7 (Resultados e impacto; 7.1 debate público; 7.2 Accesibilidad y apertura de datos; 7.3 Recomendaciones de la implementación EITI; 7.4 Revisión de impactos y resultados de la implementación del EITI). De este modo, el EITI reza literalmente:

“La Validación fomenta el diálogo y el aprendizaje a nivel de país, brindando a los países la oportunidad de comunicar el progreso alcanzado e identificar y abordar los desafíos que conlleva la implementación del EITI. En este sentido, registra las opiniones de las partes interesadas y permite que los países destaquen sus perspectivas acerca de la eficacia y sostenibilidad de la implementación del EITI¹¹⁸¹”.

Finalmente, debemos preguntarnos ¿qué sucede con la dimensión denominada “*enforcement*”? Es decir, el sometimiento del poder a la amenaza de sanciones por la vulneración de sus deberes públicos¹¹⁸². El EITI actualmente no tiene la capacidad de imponer sanciones sino, como se ha expuesto, únicamente puede suspender o expulsar a un país (véase, artículo 8.- Suspensión de la Supervisión de la implementación del EITI por el Consejo)¹¹⁸³. Así, igual que en el ámbito político, las sanciones penales, administrativas y civiles son poco empleadas, por lo que la iniciativa estaría recurriendo, en tanto iniciativa voluntaria, a la exposición pública (justicia mediática), y en todo caso, la suspensión o exclusión del país del EITI. De este modo, parece que el EITI podría no estar acorde con el propio concepto de

¹¹⁸¹ Véase, EITI, *La Validación*. Disponible en: <https://eiti.org/es/la-validacion>. Recuperado en enero de 2022.

¹¹⁸² Schedler Andreas, “*Conceptualizing Accountability*”.... *op. cit.*, p. 14-16.

¹¹⁸³ EITI, *Estándar 2019*, p. 39.

rendiciones de cuentas, por lo que, el Estándar podría ser calificado como de *light accountability*, es decir:

“una variante blanda, sin dientes, de la rendición de cuentas. Carente de capacidad de castigo, la rendición de cuentas se convierte en una empresa “sin consecuencias reales” más allá de la discusión pública. Sin la amenaza de sanciones, la denuncia de ilícitos deja de ser un acto de rendición de cuentas y se convierte en un mero acto publicitario¹¹⁸⁴”.

4.3.2 La política de datos abiertos del EITI

El nacimiento de la sociedad en red ha marcado el fin de una era y el comienzo de otra: la era de la información¹¹⁸⁵. Un contexto en el que el impacto de la digitalización en la sociedad es indudable y cada vez más vasto¹¹⁸⁶. Por ello, el movimiento de datos abiertos¹¹⁸⁷, en el área de acceso a la información pública, es una fuerza emergente, relativamente nueva pero muy importante, y potencialmente poderosa¹¹⁸⁸, la cual en los últimos años ha proliferado en todo el mundo (véase ilustración 1.14). En este escenario, el acceso a los datos abiertos¹¹⁸⁹ se presenta como una herramienta que busca una mayor transparencia y eficiencia del servicio público, permitiendo reutilizar los datos públicos para generar nuevas actividades económicas y fomentar la rendición de cuentas ante los ciudadanos¹¹⁹⁰, incrementando, así, la transparencia gubernamental¹¹⁹¹. En otras palabras, estas políticas, que respetan ciertos estándares en términos de formato, posibilitan la ulterior reutilización de los datos divulgados,

¹¹⁸⁴ Schedler, Andreas, *¿Qué es la rendición de cuentas?... op. cit., p. 19.*

¹¹⁸⁵ Castells, Manuel, *La ciudad informacional. Tecnologías de la Información, reestructuración económica y el proceso urbano-regional*, Alianza Editorial, 1995, p. 51.

¹¹⁸⁶ Santoyo, Arturo y Evelio Martínez, *La brecha digital: Mitos y realidades*, Mexicali: UABC, 2003, p.3.

¹¹⁸⁷ Ampliamente puede decirse que el contenido o la información es abierta si cualquiera es libre de acceder a ella, usarla, modificarla y compartirla, estando sujeta a lo sumo a medidas que preserven su autoría y su apertura. Por lo tanto, un dato es abierto si cumple con la condición de disponibilidad íntegra de acceso, posibilidad de redistribución, y licencia para la reutilización, no siendo los datos referidos a la administración pública ajenos a dicha clasificación. (Véase: <http://opendefinition.org/>. Recuperado en junio de 2021). Así, el open data puede entenderse como “un movimiento que promueve la liberación de datos, generalmente no textuales y en formatos reutilizables como csv (comma separated values), procedentes de organizaciones diversas” Ferrer-Sapena, Antonia, Fernanda Peset y Rafael Aleixandre-Benavent, “Acceso a los datos públicos y su reutilización: open data y open government” en *El Profesional de la Información*, Vol. 20 (3), p. 262.

¹¹⁸⁸ Este movimiento ha sido ampliamente respaldado por, entre otros, Tim Berners-Lee, el padre de la World Wide Web. Véase: TED Idear Worth spreading, Tim Berners-Lee, *The year open data went worldwide*. En este video muestra algunos de los resultados interesantes cuando los datos se vinculan. Tim Berners-Lee afirma que “al poner la información en la Web, esta puede ser usada por otra gente para hacer cosas maravillosas”. Disponible en: http://www.ted.com/talks/tim_berniers_lee_the_year_open_data_went_worldwide.html. Recuperado en junio de 2021. Por lo tanto, se entienden como un instrumento para desarrollar nuevos conjuntos de datos que serán publicados.

¹¹⁸⁹ Los datos abiertos, de acuerdo con la Carta Internacional de Datos Abiertos, son aquellos datos digitales disponibles con las características técnicas y jurídicas necesarias para que puedan ser reutilizados y redistribuidos libremente

¹¹⁹⁰ Ramírez, Álvaro y César Cruz, “Políticas públicas abiertas: Hacia la definición y análisis de los diseños políticos bajo los principios del gobierno abierto” en *Buen Gobierno*, núm. 13, 2012, p. 56.

¹¹⁹¹ Ramírez, Álvaro, “Gobierno abierto y modernización de la gestión pública: tendencias actuales y el (inevitable) camino que viene. Reflexiones seminales” en *Revista Enfoques* 9(15), 2011, p. 106.

permiten su combinación con otras formas de datos¹¹⁹², y facultan a los ciudadanos para que puedan desarrollar sus propias interpretaciones, y así generar un valor social y económico. Por lo que, la intención general es hacer que los datos estén disponibles en una forma que permita la manipulación directa.

Ilustración 1.14 Portales de datos abiertos en todo el mundo



Fuente: Open Data Inception¹¹⁹³

El EITI no es ajeno a esta realidad, por ello, en 2015 publicó su primera Política de Datos Abierta que pasó a formar parte del Estándar EITI 2016¹¹⁹⁴. De acuerdo con la filosofía del Gobierno Abierto, este hecho muestra un paso más hacia el fomento de la colaboración, el incremento de la divulgación de los datos (mejora de la transparencia), así como la creación de un contexto que asegure la participación ciudadana en la toma de decisiones dentro del marco del EITI a nivel nacional (uso de datos)¹¹⁹⁵.

¹¹⁹² Tim Berners ejemplificó este movimiento por ejemplo a través del caso Ohio, Usa: Kennedy v. City of Zanesville. Durante más de 50 años, mientras que el acceso al agua limpia de la línea de agua de la ciudad de Zanesville se extendió por el resto del condado de Muskingum, los residentes del área predominantemente afroamericana de Zanesville, Ohio, solo pudieron usar agua de lluvia contaminada o conducir hasta la torre de agua más cercana torre y regresas con el agua a sus casas. Después de años de batallas legales, una de las pruebas clave utilizadas durante el caso fue un mapa derivado de datos abiertos de la compañía de agua que muestra casas conectadas a la línea de agua y datos que muestran la demografía de la ciudad. Estos datos mostraron una correlación significativa entre las casas ocupadas por los residentes blancos de Zanesville y las casas conectadas a la línea de flotación de la ciudad. El caso falló a favor de los demandantes afroamericanos, otorgándoles un acuerdo de \$ 10.9 millones. Rogawski, Christina, Verhulst, Stefaan y Young Andrew, Ohio, USA: Kennedy v. City of Zanesville. Open Data as evidence, 2016.

¹¹⁹³ Hay que tener en cuenta que no todas son iniciativas de países, sino que también hay iniciativas de Open Data de organismos como por ejemplo el Banco Mundial (<https://data.worldbank.org/>), la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios (<https://data.humdata.org>), entre otros. Recuperado en junio de 2021. Disponible en: <https://opendatainception.io/>. Recuperado en junio de 2021.

¹¹⁹⁴ Decisión 2019-37/BC-272. Esta Política ha sido actualizada en 2019. Disponible en: <https://eiti.org/board-decision/2019-37>. Recuperado en junio de 2021.

¹¹⁹⁵ Podemos entender por gobierno abierto aquel “modo de interacción sociopolítica, que (basado mayormente en el empoderamiento ciudadano, la transparencia, la democracia participativa, el potencial uso de avances tecnológicos y en la conformación de gobiernos como plataformas) se aplica a políticas públicas y la modernización administrativa en clave

Una vez aprobada esta política, algunos países empezaron a adoptar sus propios textos. Teniendo en cuenta que el EITI es consciente de que no todos los países pueden realizar la transición hacia los datos abiertos a la misma velocidad¹¹⁹⁶, lo cierto es, que en un inicio se observó una tendencia positiva a su adopción por parte de los países implementadores. Así, la Tabla 1.11 del Anexo 5 revela que el 42,9% de los países (24 en total) han aprobado su propia Política de datos abiertos frente a un 57,1% (32 países) que todavía no dispone de ninguna. Si bien, es muy positiva esta aceptación, también sería conveniente que un estudio futuro analizara el contenido de todas estas Políticas, con el fin de verificar si son idóneas para cumplir con los objetivos básicos, o si no disponen de ellas, se debería examinar cuáles son las circunstancias que impiden o imposibilitan su adopción. Por otro lado, teniendo en cuenta que se trata de una política relativamente nueva, todavía se deberá esperar unas décadas para poder medir su impacto real.

Según los datos reflejados en la citada tabla se aprecia que su aprobación se produjo en los dos años posteriores a la adopción de la Política de Datos abiertos del EITI, no habiéndose aprobado ninguna otra en los últimos años. Esta inactividad plantea la pregunta de por qué los países no han continuado esa tendencia, ¿simplemente porque el país todavía no ha podido avanzar en ese sentido, o quizás porque este considera que su marco normativo ya confiere plena seguridad respecto a la transparencia y uso de datos? En este sentido, una segunda cuestión es si la falta de compromiso podría estar motivada debido a que la Política del EITI concibe su adopción como una “expectativa” por defecto¹¹⁹⁷. La palabra expectativa podría dar a entender que tiene un carácter de recomendación más que de obligación.

Habiendo expuesto lo anterior, surge una pregunta más ¿qué criterios deben cumplir estos datos para ser considerados abiertos? y, en particular ¿qué está haciendo el EITI, y cómo los países implementadores en general están presentando sus datos? El EITI, no hace referencia alguna a este aspecto, pero en la actualidad, existen

colaborativa, poniendo en el centro al ciudadano, ofreciendo así una alternativa a otros modos de interacción". Ramírez-Alujas, A.V. y Cruz-Rubio, C.N. *Políticas Públicas Abiertas: Hacia la definición y análisis...* op. cit., pp. 52-76. . Puede encontrarse un resumen de otras definiciones de gobierno abierto en Cruz-Rubio, C.N, “¿Qué es (y que no es) gobierno abierto? Una discusión conceptual”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm 8, 2015, pp. 37-53.

¹¹⁹⁶ EITI, *Fomentando la divulgación sistemática*, 2018.

¹¹⁹⁷ Estándar EITI 2019, *Política de Datos abiertos* (Preámbulo núm. 3), pág. 49. De acuerdo con la Decisión 2018-08/BM-39 (Recomendación 7). Disponible en: <https://eiti.org/board-decision/2018-08>. Recuperado en junio de 2021.

diversas iniciativas que determinan esos criterios, como por ejemplo la *Sunlight Foundation*¹¹⁹⁸. Según esta iniciativa los datos deben:

- Ser completos:

“Todos los datos deben reflejar la totalidad de lo que se registra sobre un tema en particular, con la limitación, en todo caso, de cumplir con la ley en relación con la divulgación de información de carácter personal. Asimismo, se requiere la inclusión de metadatos que definan y expliquen estos datos sin procesar, junto con fórmulas y explicaciones sobre cómo se calcularon los datos derivados”.

El EITI determina, a través de la Validación, si el Estado efectivamente cumple o no con la divulgación de todos los datos requeridos de manera completa (en particular los Requisitos 2 a 6), teniendo en cuenta si existen conflictos de interés entre normas. Sin embargo, se observa que los informes EITI no suelen dar explicaciones de las fórmulas utilizadas, pero si algunas explicaciones sobre la interpretación de los datos.

- Ser datos de fuentes primarias:

“Se requiere facilitar la información original e información sobre cómo se han obtenido y dónde se encuentran los documentos originales, de manera que los usuarios puedan comprobar si han sido seleccionados y almacenados adecuadamente”.

En general, los informes EITI no especifican de forma exhaustiva el método utilizado o dónde se encuentran los documentos originales. Aunque especifican la fuente.

- Ser oportunos:

“En la medida de lo posible hay que facilitar los datos en tiempo real de manera que se pueda maximizar su valor”.

Este es un aspecto controvertido. La lectura de los informes muestra que hay una tendencia generalizada de lapsos de tiempo entre la obtención de los datos y la publicación del informe.

¹¹⁹⁸ La Sunlight Foundation es una organización sin fines de lucro que aboga por un gobierno abierto. Sunlight Foundation, Ten principles for opening up government information. Disponible en: <http://sunlightfoundation.com/policy/documents/ten-open-data-principles/>. Recuperado en junio de 2021. Existen otros criterios establecidos por otras organizaciones como los determinados por ejemplo por la Open Data Charter. Disponible en: <https://opendatacharter.net/>. Recuperado en mayo de 2021.

- Ser accesibles de forma física y electrónica:

“Se requiere la mayor accesibilidad de los datos para que toda persona pueda hacer uso de ellos”.

En general se observa que la información está disponible básicamente de manera electrónica en la web del EITI o en la propia web del Estado. A través de la consulta a algunas de las secretarías del EITI nacionales se ha notado que en general la información no se encuentra de manera física y no se determinan procedimientos específicos para su solicitud¹¹⁹⁹. Esto podría tener un impacto negativo sobre las comunidades o grupos que sufren brecha digital¹²⁰⁰, ya que en muchas ocasiones los miembros de algunas comunidades van a necesitar formas más fáciles de acceder a la información, como, por ejemplo, a través de documentos disponibles en oficinas gubernamentales locales, o a través de procedimientos simples que puedan realizarse de manera presencial (especialmente es las zonas rurales que no hay, o hay un acceso limitado a internet). En este sentido, se ha de destacar que el EITI recomienda que los países consideren las necesidades de los usuarios y los problemas de acceso en función de cuestiones de género, etnia o geografía¹²⁰¹.

- Ser procesables electrónicamente:

“Los datos deben estar disponibles en formatos de uso generalizado y que faciliten su procesamiento automático”.

Se observa que muy pocos informes EITI se publican en un formato abierto, es decir, en un formato que pueda leerse en máquina y no tenga restricciones de uso. La mayoría de los datos del EITI todavía están encerrados en archivos PDF, lo que hace que las referencias cruzadas y las comparaciones sean engorrosas. Si bien se detecta que en la web del EITI se hallan archivos Excel que permiten mejorar su tratamiento. También la web del EITI expone algunos datos, que, según el esquema de desarrollo de 5 estrellas, estarían de acuerdo con el nivel 5 estrellas (mayor puntuación)¹²⁰².

¹¹⁹⁹ Se han hecho varias consultas, vía e-mail a las Secretarías Nacionales de Colombia, Nigeria, Timor Leste, Reino Unido, Noruega, Alemania, Sierra Leona o Mongolia.

¹²⁰⁰ Según datos de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), la agencia de Naciones Unidas para la comunicación y las nuevas tecnologías, tan solo un 51% de la población mundial está conectado a internet: más del 85% en las regiones desarrolladas (Europa, Norteamérica), pero menos del 40% en regiones más pobres (como África). Pont Elisa. *Vivir sin acceso a internet*, LAVANGUARDIA 2019. Disponible en <https://www.lavanguardia.com/vida/junior-report/20190509/462140060359/brecha-digital-desigualdad-acceso-internet.html>. Recuperado en junio de 2021.

¹²⁰¹ EITI, *Estándar 2019: Política de datos abiertos*; disposición 9.c.

¹²⁰² Las 5 estrellas de los datos abiertos son un sistema de puntuación propuesto por Tim Berners-Lee para puntuar la calidad de los datos que se abren al público con el objetivo de que puedan ser reutilizables para estos fines. Para más información véase el siguiente enlace: <https://5stardata.info/es/>. Recuperado en junio de 2021. Por lo tanto, lo que marca una mejor o menor puntuación sobre la clasificación es la facilidad con la que se puedan reutilizar. Según esta calificación un PDF tendría una estrella, un

- No ser discriminatorios:

“Los datos deben estar disponibles para todos, sin que sea necesario hacer una solicitud o cualquier otro trámite. Se debe eliminar cualquier tipo de barrera”.

Los gobiernos a través de los informes EITI están asegurando que muchos de los datos se encuentren disponibles sin necesidad de solicitud. No obstante, en la actualidad no puede afirmarse que esto se extienda a todos los países y en relación con todos los datos. En este sentido, será necesario analizar el contexto de cada país, con el fin de certificar si efectivamente se requiere hacer una solicitud o un trámite determinado para tener acceso a una determinada información, y cuál sería el porcentaje de información o datos que requieren realizar trámites para su obtención. Asimismo, sobre este particular, en el contexto del EITI, se observan otros tipos de barreras que podrían limitar su acceso, es decir, las limitaciones relativas al idioma, así como el analfabetismo. Los informes son presentados a menudo en inglés y en algunos casos en otro idioma oficial. Esto significa que algunas personas en sociedades multilingües, como Papúa Nueva Guinea, podrían estar excluidas de facto de poder entender los informes EITI. En esta línea, debe tenerse en cuenta también el criterio cuarto, esto es, “ser accesibles de forma física y electrónica”.

- Deben usar estándares abiertos en la difusión de la información:

“Se ha de resaltar que, si el archivo donde se encuentran los datos únicamente puede ser leído a través de un programa en concreto y el acceso a esa información depende del uso del programa de procesamiento, esto podrá restringir la posibilidad de acceso a la información a potenciales usuarios. Microsoft Excel sería un ejemplo, aunque se trata de un programa de hoja de cálculo bastante común, su licencia cuesta dinero”.

En este sentido, aunque el EITI fomenta la publicación de los datos bajo una licencia abierta, se ha de destacar que el gran porcentaje de datos divulgados por los países se encuentran en documentos Excel o PDF.

Además, sobre este aspecto cabe destacar que en ocasiones el propio informe no divulga la información requerida y deriva la búsqueda a otra plataforma, a una organización en concreto o a través de un enlace. Varias son las dudas que surgen.

documento Excel dos estrellas. Así el API del EITI tendría una puntuación de 5 estrellas ya que son un conjunto de datos estructurados adecuadamente en URIs para tal efecto presentados directamente en la web. Véase, API: api.eiti.org. Recuperado en junio de 2021.

¿Esta otra organización asegura el acceso a esta información? ¿Cómo es el acceso? ¿Puede utilizarse la plataforma o el enlace sin necesidad de disponer de algún programa determinado? Para intentar responder a estas preguntas se ha seleccionado, a modo de ejemplo, el último informe de Perú. Este expone que los datos sobre los gastos de responsabilidad social y gastos ambientales de las empresas mineras se encuentran en un determinado enlace¹²⁰³. Se ha intentado acceder a este, pero el resultado ha sido infructuoso, ya que el sistema solicita tener instalado un navegador y un Software específico. La misma situación ha sucedido con la información de los gastos ambientales que deriva a la persona interesada a utilizar una herramienta para el sector minero, DATAMART del MINEM. De este modo, estas cuestiones plantean retos en cuanto al formato o la brecha digital referidos con anterioridad. Por lo tanto, deberá verse caso por caso, si las administraciones disponen de procesos apropiados de solicitud, así como de sistemas adecuados que ofrezcan diferentes posibilidades al ciudadano (ya sea física o telemáticamente).

- No deben tener licencia:

“El uso de los datos no debe someterse a ninguna imposición que restrinja su reutilización (como restricciones de difusión) excepto, de forma razonable, cuando haya aspectos relativos a la privacidad o la seguridad”.

Puede decirse que los datos divulgados por los países implementadores del EITI actualmente no están sometidos a restricción alguna.

- Ser permanentes:

“Los datos deben estar a disposición de forma permanente. En el caso de que se modifique la información debe indicarse”.

Se ha detectado que en elevadas ocasiones los enlaces donde se encuentran ubicados los documentos que contienen la información requerida por el EITI, tanto cualitativa como cuantitativa, están rotos, sin indicarse porque la información ha desaparecido o si se encuentra en otro lugar ubicada.

¹²⁰³ EITI Perú, *Sexto Informe Nacional de Transparencia de las Industrias Extractivas* (Sexto Estudio de Conciliación Nacional. EITI Perú) Períodos 2015 y 2016, 2018, p. 180. http://intranet2.minem.gob.pe/datamart/dac_publico/. Recuperado en junio de 2021.

- *Sin costes:*

“No se ha de establecer una contraprestación para poder acceder o reutilizar los datos y, en el caso de que se establezca, su cuantificación debe basarse en costes marginales y no en costes totales”.

No se ha observado coste alguno para acceder a la información requerida por el EITI. No obstante, debería analizarse país por país de manera exhaustiva la totalidad de los informes y si existe remisión a alguna entidad que requiera el pago de una tasa para obtener los datos.

Volviendo a los dos países objeto de este estudio, tal y como se observa en la Tabla 1.3, a diferencia de Nigeria, Colombia no ha desarrollado, en el momento de redactar este trabajo, una Política de Datos Abiertos. Ante este hecho, es oportuno precisar también que el marco normativo pertinente para regular los datos abiertos, deberían ser las leyes de acceso a la información. Por ello, se concibe que la publicación de datos públicos es parte intrínseca del ejercicio del derecho de acceso a la información pública¹²⁰⁴. Sin embargo, muchas de estas leyes no cuentan con disposiciones sobre los formatos a través de los cuales se entiende que los datos deberían ser publicados¹²⁰⁵. En el caso de Colombia la Ley 1712 de 2014 sobre transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional¹²⁰⁶, define el concepto de datos abiertos. Si bien no tiene en consideración todos los criterios anteriormente expuestos, cabe resaltar que el artículo 11 k) de la citada Ley establece que “los sujetos obligados deberán publicar datos abiertos, (...) y que adicionalmente, para las condiciones técnicas de su publicación, se deberán observar los requisitos establecidos por el gobierno nacional a través del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones o quien haga sus veces”. Asimismo, de conformidad con el principio de la calidad de la información, el mismo cuerpo normativo especifica que “toda la información de interés público deberá ser oportuna, objetiva, veraz, completa, reutilizable, procesable y estar disponible en formatos accesibles para los solicitantes e interesados en ella, teniendo en cuenta los procedimientos de gestión documental de la respectiva entidad”. Finalmente, se destaca la inclusión de una cláusula relativa a

¹²⁰⁴ Fumega, Silvana y Scrollini, Fabrizio, “Primeros aportes para diseños de políticas de datos abiertos en América Latina” en *Derecho Comparado de la Información*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013, p. 7.

¹²⁰⁵ *Idem*.

¹²⁰⁶ *Vide supra*, 4.2.3 Marco legal e institucional en Colombia del derecho de acceso a la información

la disponibilidad de la información, la cual requiere que esta información esté disponible “través de medios físicos, remotos o locales de comunicación electrónica” (artículo 7), así como la obligación de “asegurar que ciertas poblaciones que lo requieran puedan acceder a aquella información que les afecte. Para ello, se requiere que la información pública esté en diversos idiomas y lenguas, y que se elaboren formatos alternativos comprensibles para dichos grupos” (artículo 8).

Por su parte, Nigeria, en su Política de Datos Abiertos literalmente define los datos abiertos como aquella “*data that is in the public domain or ought to be in the public domain that is accessible, freely used at no cost, can be shared and be built on by anyone, anywhere and for any purpose without restrictions from copyright, patent or other control mechanism other than those expressly excluded by the provisions of the laws of the Federal Republic of Nigeria*¹²⁰⁷”. Para ello, establece una serie de directrices, en particular;

- ***La adecuación del momento para la publicación de datos y/o información:***

Estos deben publicarse tan pronto como el informe final del administrador independiente esté listo. Sin embargo, determina que ciertos datos deberán estar disponibles antes y después de la conciliación.

- ***El nivel de información que debe estar disponible:***

Todos los datos contenidos en los informes de auditoría anual del EITI y los anexos deben estar disponibles, incluidos los datos de terceros que han sido auditados.

- ***El formato de datos:***

Se especifica que los datos deben estar disponibles en formato XLS y CSV. Si bien añade, que en un futuro se trabajará para mejorar la accesibilidad a través de otros formatos. En el momento de redactar la presente investigación, no se observa que el NEITI haya hecho mejoras en este sentido.

- ***El tipo de licencia:***

Se estable el uso de una Licencia Abierta de Bases de Datos.

Aunque en este caso tampoco se observan todos los criterios analizados por la Sunlight Foundation, es destacable la promoción de sinergias entre diferentes actores con el fin de asegurar el acceso y el entendimiento de los datos abiertos.

¹²⁰⁷ NEITI, *Open Data Policy*, 2016, pp 3-4.

Finalmente, teniendo en cuenta las apreciaciones anteriores, y aunque el EITI dispone de esta Política de Datos Abiertos (la cual aconseja, como ya se ha expuesto, “tener en cuenta los problemas de acceso y las necesidades de información de los diferentes géneros y subgrupos de ciudadanos”¹²⁰⁸), es preciso resaltar que pueden surgir otros factores que podrían impedir el uso efectivo de los datos por parte de algunas personas o colectivos, y por consiguiente, socavar la rendición de cuentas¹²⁰⁹:

- Nivel de competencia:

Los informes EITI exigen niveles sofisticados de experiencia y conocimientos para ser analizados críticamente¹²¹⁰. Se ha sugerido que los “datos abiertos” ofrecen a todo el mundo la posibilidad de hacer uso de ellos. Sin embargo, como se ha afirmado no todas las personas tienen acceso a infraestructuras digitales, ni a los recursos financieros, pero tampoco a los conocimientos o habilidades educativas que permitan su uso efectivo¹²¹¹. Esto quiere decir que todavía en la actualidad la idea de que los datos abiertos empoderan a todos no es una realidad directa en todo el mundo. Por ello, debe realizarse la importancia del trabajo que están llevando a cabo algunos países implementadores a través de la capacitación de la población¹²¹². De este modo, se considera acertada la siguiente afirmación: “los datos no hablan por sí solos y que por consiguiente la aserción relativa al empoderamiento a través de la información puede ser algo simplista¹²¹³”.

- Asimetría entre las preocupaciones de las comunidades y la relevancia de los datos que requiere el EITI:

Se afirma que a menudo las comunidades están más preocupadas por cuestiones medioambientales y sociales específicas, o por información relativa a si los ingresos se distribuyen de manera equitativa y en qué son invertidos, más que por los datos que

¹²⁰⁸ *Standard EITI 2019*, p. 49.

¹²⁰⁹ Klein, Asmara, *Pioneering extractive sector transparency...* op. cit., pp. 771-774.

¹²¹⁰ El caso de Kennedy V City of Zanesville, es un buen ejemplo que muestra, que, si bien el acceso a esta información condujo a un resultado positivo para la comunidad afroamericana, también evidencia que la obtención de este resultado fue debido a la participación de personas con un alto nivel de conocimientos (abogados e investigadores del Cedar Grove Institute for Sustainable Communities) Rogawski, Christina, Verhulst, Stefaan y Young Andrew, *Ohio, Usa: Kennedy v. City of Zanesville...* op. cit. .

¹²¹¹ Se ha de puntualizar, que, aunque se hace referencia a datos primarios, lo mismo sería de aplicabilidad a la información cualitativa en cuanto a ese nivel de competencia.

¹²¹² Aunque deberá hacerse un estudio detallado sobre si las acciones llevadas a cabo por los países implementadores en relación con la capacitación de la sociedad civil son pertinentes y efectivas, por ahora lo que sí que se observa es que estos países están tomando medidas al respecto. Vide infra, 4.3.3 El derecho de acceso a la información en los Planes de trabajo de los grupos multipartícipes y otras iniciativas multilaterales.

¹²¹³ Bianchi Andrea y Peters Anne, *Transparency in international law...* op. cit., p. 10.

el EITI ha venido requiriendo ¹²¹⁴. Afortunadamente, poco a poco, parece ser que el EITI está tomando en consideración estas limitaciones, y que el resultado se está observando precisamente en las revisiones del Estándar. Así, después de los esfuerzos de la sociedad civil por incorporar temas socioambientales, el EITI finalmente aprobó en el nuevo Estándar 2019 la obligación de difundir cierta información ambiental (véase Requisito 6 del nuevo Estándar). En las futuras evaluaciones deberá analizarse si las preocupaciones de las comunidades están siendo realmente contestadas. Asimismo, los propios Estados están observando estas necesidades, y están implementado acciones a través de sus planes de trabajo para diseñar soluciones que aseguren cada vez más un mayor entendimiento del sector.

4.3.3 Los Planes de Trabajo de los grupos multipartícipes y otras iniciativas

El plan de trabajo del EITI es abordado en el Requisito 1.5, el cual establece que “el grupo de multipartícipes debe mantener un plan de trabajo actual, completamente presupuestado y armonizado con los plazos para la presentación de informes y la validación del EITI establecidos por el Consejo del EITI”. Estos planes deben entenderse como el marco principal de las actividades del EITI en los países implementadores. Su objetivo es asegurar que las actividades propuestas para la implementación produzcan los resultados deseados por las partes interesadas. Así, este debería fomentar la adopción de medidas encaminadas a enfrentar los retos del sector extractivo, así como a determinar las prioridades de las partes interesadas. Para ello, en primer lugar, el grupo de multipartícipes, en consulta con las partes interesadas clave, determinará los motivos por los cuales implementará el EITI y los aspectos que el proceso del EITI pretende abordar¹²¹⁵. De este modo, el plan de manera concreta deberá: identificar las prioridades nacionales del sector; definir los objetivos para la implementación; acordar las actividades para lograr los objetivos; asimismo deberá evaluarlo y publicarlo, y proceder a su supervisión y revisión¹²¹⁶.

¹²¹⁴ Véase, por ejemplo: EITI, *Secretariado Internacional del EITI, Validación de Colombia Informe... op. cit.* (en especial el apartado 7.2 Debate público). El informe puso en evidencia que las necesidades e intereses de las comunidades van más allá de cuestiones financieras, las cuales en muchas ocasiones quedan relegadas a un segundo plano. En concreto, se puso de manifiesto que precisamente las partes interesadas habían hecho hincapié en que “los esfuerzos de sensibilización y capacitación realizados en 2015 no habían tenido éxito, debido a que los debates solían transformarse en intercambios caldeados y resentidos de quejas comunitarias, tales como preocupaciones ambientales, en lugar de participaciones constructivas con base a datos fidedignos.

¹²¹⁵ Véase, EITI, *Nota guía 2 sobre el desarrollo de un plan de trabajo del EITI*, 2018.

¹²¹⁶ *Ibidem*, pp. 3-8. Los planes de trabajo de los países pueden ser revisados a través de la web del EITI así como también en las webs del EITI del propio país.

Por consiguiente, el plan de trabajo constituye el primer vector para asegurar la correcta implementación del EITI en el país. A pesar de ello, el estudio de diferentes planes de trabajo ha planteado dudas sobre la existencia de un riguroso proceso de actualización por parte de los países, ya que la periodicidad de revisión, según la información publicada en la red es desigual entre los países y muestra diferencias en la calidad de detalle, desarrollo e incluso comprensión de la información proporcionada (hay países como Colombia que presentan planes más detallados y entendibles, otros como Nigeria o Noruega han publicado planes menos descriptivos). Ante estos casos, para poder comprobar realmente la actividad podrían consultarse las Actas. Sin embargo, debe recordarse, tal y como se ha expuesto, que no siempre se encuentran disponibles, como en el caso de Nigeria¹²¹⁷.

Así, tras la lectura de los planes de trabajo de los países se observa una cierta diversidad de motivos y objetivos, desde acciones centradas en abordar la corrupción, a la atracción de inversiones extranjeras directas, o el aseguramiento del control y gestión de los datos del sector. Tal y como se examinará a continuación, a través de los casos de Nigeria y Colombia, el contexto y situación de cada país moldeará las prioridades y necesidades para mejorar la gobernanza del sector, pero en cualquier caso lo que parece obvio, teniendo en cuenta lo expuesto hasta ahora, es que todo enfoque debería establecer la transparencia como vector transversal para la consecución de los objetivos establecidos. Por ello, la pregunta que se plantea es si estos planes conciben el derecho de acceso a la información como elemento esencial para asegurar que toda la información y los datos pueden ser usados por la ciudadanía.

A) Los Planes de trabajo en Nigeria

A través de los Planes Nacionales, Nigeria ha determinado sus objetivos y diseñado una serie de compromisos con el propósito de avanzar contra la cultura de la opacidad. La lectura del último Plan Nacional de Nigeria¹²¹⁸, aunque todavía con muchas limitaciones, revela, un avance positivo hacia la idea de acceso a la información en comparación con los anteriores planes. Puede verse como su estrategia está enfocada a transparentar y reformar el sector extractivo, a fortalecer la responsabilidad en el

¹²¹⁷ *Vide supra*, 2.3.2 La gobernanza de los grupos multipartícipes del EITI en Nigeria y Colombia

¹²¹⁸ NEITI, Country Work Plan, 2019.

uso de los datos sobre los ingresos extractivos, así como a desarrollar capacidades y empoderar a los actores pertinentes¹²¹⁹.

En este sentido, uno de los objetivos principales es “fortalecer la responsabilidad en el uso de los ingresos extractivos a través de la comunicación estratégica con las partes interesadas críticas y el empoderamiento de los actores pertinentes (objetivo estratégico 3). De conformidad con lo anterior, son interesantes algunas de las actividades que han sido formuladas en el plan de trabajo como por ejemplo: la simplificación de los Informes del NEITI, la realización de talleres de sensibilización sobre la gobernanza de los recursos naturales focalizados en las instituciones públicas, el desarrollo de capacidades para organizaciones de la sociedad civil, el establecimiento de medios de comunicación y organismos profesionales, la revisión del mapeo de las partes interesadas para adecuar los diferentes objetivos del NEITI, así como la revisión, desarrollo e implantación de una estrategia de comunicación y movilización de las partes interesadas¹²²⁰.

Respecto al acceso a la información, este compromiso no se encuentra determinado en su Plan de trabajo de manera concreta, así como tampoco dentro del apartado dedicado al sector extractivo del plan desarrollado junto a la organización *Open Government Partnership*. Sin embargo, en este segundo plan, para los años 2019-2021¹²²¹, dedica un apartado específico sobre este derecho, y establece su compromiso de mejorar el cumplimiento de las instituciones públicas con la Ley de Libertad de Información (en particular en relación con la creación, almacenamiento, organización y gestión de registros públicos), y el fortalecimiento de las funciones y responsabilidades de los funcionarios de gestión de registros en las instituciones públicas (compromiso 9), así como, en relación con las disposiciones relativas a las publicaciones obligatorias, la obligación de presentación de informes anuales y el aumento del nivel de respuestas a las solicitudes de la Ley (compromiso 10). Para poder solventar los desafíos hasta ahora planteados, sería conveniente que el NETI

¹²¹⁹ *Idem.*

¹²²⁰ *Idem.*

¹²²¹ En relación con el EITI se destacan los siguientes compromisos: 4: Divulgación pública de los contratos del sector extractivo, licencias, permisos, pagos al gobierno y flujo de ingresos para mejorar la transparencia, los términos fiscales e impactar positivamente en las finanzas públicas. 5: Trabajo junto con todas las partes interesadas (especialmente las mujeres, los jóvenes y los grupos vulnerables) para mejorar la transparencia en el sector extractivo a través de la implementación completa de los Estándares EITI y las remediaciones de auditoría. 6: Establecer un registro público de beneficiarios reales de entidades corporativas. Véase, Open Government Partnership, *OGP Nigeria National Action Plan II* (2019 - 2021), 2019.

alentara a los grupos multiptícipes a incluir estos compromisos dentro de sus Planes Nacionales.

Por otro lado, de manera concreta, respecto con las mejoras de la transparencia en el sector extractivo, el citado Plan de 2019-2021, pone en evidencia que a pesar de que el país ha obtenido una alta valoración en la implementación del EITI, todavía hay desafíos que debe afrontar, como la disponibilidad de datos precisos en el sector, la baja participación de las mujeres y los jóvenes en los espacios de dialogo sobre cuestiones relativas al sector extractivo, o la cuestiones de cómo convertir los datos disponibles en una herramienta práctica para el público, entre otros.

Así, hasta ahora se ha observado que Nigeria, en la teoría ha ido adoptando medidas para cumplir con el EITI. No obstante, un futuro estudio de campo detallado podría investigar para dar respuesta a las siguientes cuestiones: ¿la información producida por el EITI es conocida por las personas afectadas por las actividades extractivas?; ¿la capacitación no debería ir más allá de las organizaciones de la sociedad civil, medios de comunicación y organismos profesionales?; ¿las instituciones encargadas de divulgar la información cuentan con mecanismos oportunos para su recopilación?; ¿la información divulgada es pertinente, oportuna y su desglose permite hacer uso de la misma?; ¿la existencia de posibles brechas ante la producción, el acceso y la difusión de la información ponen en evidencia la necesidad de que los Planes centren la estructura de su diseño de conformidad con la Ley de 2011?

B) Los Planes de trabajo en Colombia

En el caso de Colombia, se plantea una relación interesante entre el EITI y el acceso a la información. Los resultados del Primer Plan Nacional fueron abrazados con positivismo al entenderse que habían supuesto un avance en materia de transparencia. Este plan se definió en base a tres ejes principales (i) producir la información en el marco del objetivo general de EITI; ii) divulgar la información que se produzca garantizando el cumplimiento del estándar EITI; y iii) promover el uso efectivo de la información proveída en el marco del estándar EITI¹²²². El informe anual de progreso de 2017, resaltó que se había cumplido el objetivo definido “puesto que se había facilitado la divulgación de información que antes no se encontraba disponible al

¹²²² EITI Colombia, *Plan de Acción Nacional 2014-2017*, 2017.

público o no se generaba de manera periódica”, como por ejemplo “los contratos suscritos con las empresas que participan en la Iniciativa; la divulgación de información de producción de la industria extractiva a nivel regional; la divulgación de los ingresos por concepto de impuestos, regalías, compensaciones y derechos económicos; y la publicación de los pagos en especie y el contrato de comercialización mediante el cual el Estado monetiza estos ingresos”¹²²³.

El segundo Plan Nacional centró su trabajo en la gestión y el acceso a la información, el establecimiento de condiciones para el diálogo y el fortalecimiento institucional de la industria extractiva¹²²⁴. Si bien, el primer bloque no hace mención alguna a la Ley 1712, su objetivo era la gestión y divulgación de la información del sector extractivo producida de forma actualizada y sistematizada; fortalecer el reporte y los sistemas información de las entidades vinculadas a la cadena del sector extractivo de acuerdo con la política de datos abiertos a través del proyecto Mainstreaming, así como vincular a los gobiernos regionales y locales al citado proyecto. Esta gestión es entendida como la capacidad del sujeto obligado a contener y producir la correspondiente información y a establecer las condiciones necesarias para divulgarla.

Este bloque, se encontraría reforzado a través del segundo eje, las condiciones de diálogo. Este eje es el que estaría dirigido a promover la divulgación de la información para que las personas puedan hacer uso de ella. Lamentablemente, el informe de progreso de 2017 llevó a cabo una memoria general de las actividades, realizadas sin entrar en detalle sobre cómo se desarrollaron estas actividades, o quien participó en ellas. Por lo tanto, no se ha podido tener constancia de quién efectivamente pudo tener acceso a esa información. ¿Están las poblaciones indígenas afectadas incluidas? Parece ser que ninguno de los Planes Nacionales ha hecho referencia alguna a estas cuestiones. Prueba de lo anterior, podría quedar patente de conformidad con lo establecido en el Informe de Validación de 2018, al reconocerse que habitualmente se opta por un enfoque de bajo riesgo para las comunicaciones y la participación regional. En concreto, se manifestó que “lo habitual es evitar las zonas que tienen una disposición contraria a las actividades extractivas y que se consideran que tienen un

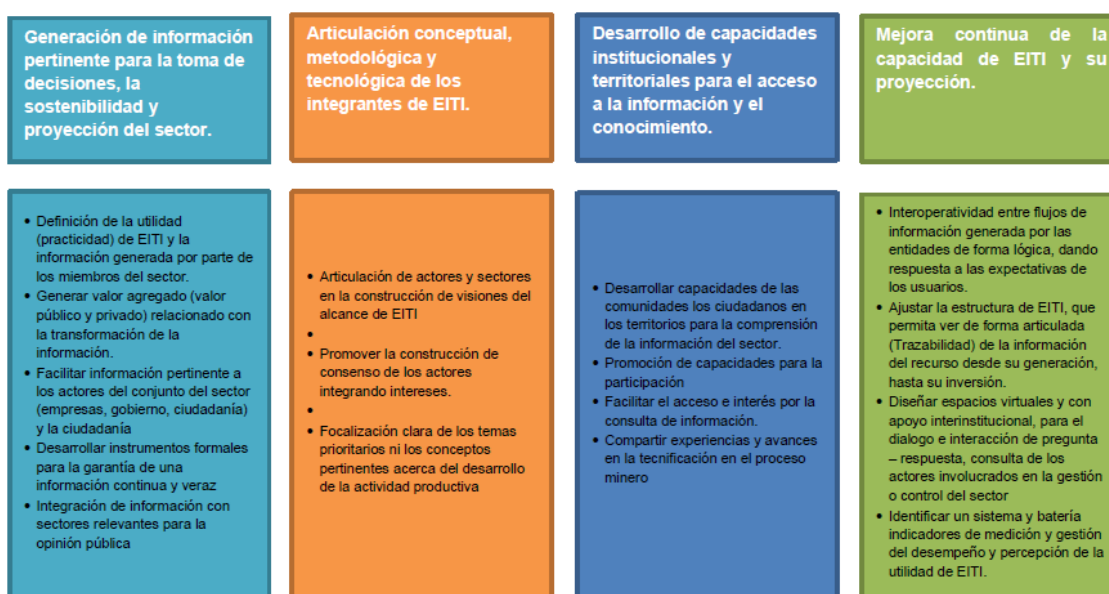
¹²²³ EITI Colombia, *Informe Anual de Gestión y Progreso EITI 2017*, 2018, p. 8.

¹²²⁴ EITI Colombia, *Plan de Acción Nacional, 2017-2019*, Secretaría Nacional, 2017.

alto nivel de conflicto para realizar actividades de sensibilización sobre el EITI”¹²²⁵. Esto podría mostrar una profunda debilidad en la efectividad del EITI, en tanto, puede afirmarse que se ha divulgado la información pertinente, pero en cambio no se ha podido saber si la información “llega a manos”, en especial, de las personas más afectadas y principales interesadas.

Los anteriores desafíos siguen manifiestos en el III Plan Nacional 2020-2023¹²²⁶. Este enaltece de nuevo, entre otros aspectos, la necesidad de facilitar el acceso y el interés por la consulta de la información, así como el desarrollo de capacidades de las comunidades y ciudadanos para su comprensión y participación. Si bien, según se observa, estos planes parecen cada vez más ambiciosos (véase ilustración 1.13).

Ilustración 1.13 Estructura de ejes, objetivos, estrategias y acciones. Plan de Acción Nacional de EITI. 2020 – 2023



Fuente: EITI Colombia Plan de Acción Nacional 2020-2023

Para cada una de las anteriores estrategias se definen una serie de acciones, aunque el Plan divulgado en la web no determina los indicadores de seguimiento. Con el diseño de asegurar un mayor impacto de estas acciones, podría ser interesante llevar a cabo un proceso de materialidad¹²²⁷ a través del cual, no sólo se identifiquen las fuentes de ingresos sectoriales importantes o relevantes, sino que además, se

¹²²⁵ Secretariado Internacional del EITI, *Validación de Colombia Informe...* op. cit., p. 96.

¹²²⁶ EITI Colombia, *III Plan Nacional 2020-2023*, 2020.

¹²²⁷ *Vide supra* nota 943.

identifiquen y prioricen los grupos de interés afectados (para que, a su vez, a través del correspondiente análisis, puedan conocerse las necesidades en cuanto a los canales de acceso pertinentes para cada grupo), así como las zonas de mayor afectación por las actividades extractivas. Un aspecto que en cualquier caso podría ser replicable en otros países.

Con el propósito de fortalecer estos planes, Colombia también ha ampliado sus compromisos con relación al sector extractivo a través del *Open Government Partnership*. En particular, a través de su II Plan de Acción, 2015-2017¹²²⁸, se comprometió a impulsar la participación ciudadana y la rendición de cuentas en el sector extractivo a través de formación, sensibilización y generación de capacidades en la ciudadanía, autoridades locales y las organizaciones sociales. Esto muestra la necesidad de ofrecer conocimiento respecto el sector a todos los niveles, y examinar si los municipios cumplen con la Ley de transparencia¹²²⁹. Pero también se destaca el compromiso para el fortalecimiento institucional de las principales entidades nacionales involucradas en el sector extractivo: la Agencia Nacional de Minería, la Agencia Nacional de Hidrocarburos, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y el Departamento Nacional de Planeación. A pesar de estos esfuerzos, la Revisión Independiente de las acciones realizadas en el marco del II Plan, concluyó que el derecho de acceso a la información todavía no es ampliamente conocido por todas las personas, especialmente a nivel territorial, y que la rendición de cuentas no había cambiado. Desafortunadamente, el compromiso de impulsar la implementación y cumplimiento de la Ley 1712 de 2014, no se incorporó en el III Plan¹²³⁰. Esto mostraría una voluntad a medio camino, en primer lugar, porque esta acción debería llevarse a cabo a nivel de todos los municipios, y no sólo de aquellos seleccionados, y en segundo lugar, porque se entiende que la capacitación y la sensibilización debería abarcar a la totalidad de la población, en especial a las partes más afectadas por los proyectos extractivos.

¹²²⁸ Open Government Partnership, *Plan de Acción, 2015-2017 Colombia*, 2015 p. 8.

¹²²⁹ En la web del EITI Colombia hay disponibles unos módulos de formación virtual gratuita. Aunque entendemos que no es suficiente, sería un primer paso hacia la capacitación de la ciudadanía. Disponible en: <http://www.eiticolombia.gov.co/es/formacion/>. Recuperado en junio de 2021.

¹²³⁰ Hernández Bonivento, José, *Mecanismo de Revisión Independiente: Informe de fin de término de Colombia 2015-2017*, 2017.

En resumen, un cierto grado de desconocimiento y una cierta inseguridad respecto la garantía del derecho de acceso a la información juntamente con el desconocimiento de la población sobre el sector extractivo, y la posibilidad de hacer uso de la información divulgada, hace que los planes de trabajo nacionales sean el espacio perfecto para asegurar la introducción del derecho de acceso a la información. No sólo en cuanto a la capacidad para impulsar a que los sujetos obligados produzcan y hagan accesible la información requerida (publicidad activa), sino a su capacidad para asegurar que la ciudadanía disponga, comprenda y pueda hacer uso de ella. De este modo, la idea que se plantea es que el EITI inste a los países a desarrollar el contenido de sus planes de trabajo nacionales de conformidad con un enfoque basado en los derechos humanos (EBDH¹²³¹). Este enfoque es importante en tanto tiene en cuenta el contexto social, político, económico y legal para determinar las relaciones entre las instituciones y las exigencias, los deberes y las responsabilidades resultantes¹²³². Por lo tanto, busca soluciones no sólo legales sino también a nivel político, económico y social.

Como ocurre con la incorporación de este enfoque en el ámbito del desarrollo, el propósito sería desenvolver un marco que transforme las relaciones existentes de poder, eliminando las desigualdades y las discriminaciones existentes¹²³³, con el fin de asegurar el respeto del derecho de acceso a la información y fortalecer las capacidades de toda las personas (en particular las comunidades afectadas por la actividad extractiva), para que puedan participar en los espacios de diálogo, a la vez que reclamar unos medios de vida más sostenibles. Precisamente, el EBDH entiende que una de las principales causas de vulneración de los derechos es debido a que, por un lado, los titulares de derechos no tienen las capacidades suficientes para exigir sus

¹²³¹ La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos definió el EBDH como “un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano, que desde el punto de vista normativo está basado en las normas internacionales de derechos humanos y, desde el punto de vista operacional, está orientado a la promoción y la protección de los derechos humanos”. Así, se señala que “su propósito es analizar las desigualdades que se encuentran en el centro de los problemas del desarrollo y corregir las prácticas discriminatorias y el injusto reparto del poder que obstaculizan el progreso en materia de desarrollo” con el objetivo de “contribuir a promover la sostenibilidad de la labor de desarrollo; potenciar la capacidad de acción efectiva de la población, especialmente de los grupos más marginados, para participar en la formulación de políticas, y hacer responsables a quienes tienen la obligación de actuar”. Informe Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*, 2006, p. 15

¹²³² García Varela Paloma y Borja Segade Carmen Borja Segade, “El EBDH: una nueva mirada al desarrollo y a los derechos humanos” en Institut de Drets Humans de Catalunya, *Derechos Humanos y Desarrollo: El Enfoque Basado en Derechos Humanos en la Cooperación al Desarrollo*, Barcelona, 2014, p. 36.

¹²³³ *Ibidem*, p. 26.

derechos, y por el otro, los titulares de obligaciones no tienen capacidades suficientes para cumplir con sus obligaciones y responsabilidades¹²³⁴.

¹²³⁴ *Ibidem*, p. 11.

CONCLUSIONES

El punto de partida de este trabajo ha sido la problemática existente en el ámbito internacional para regular el impacto social, cultural, medioambiental y económico, (y en especial las consecuencias de su actividad sobre los derechos humanos) de las EMN. Por ello, y con intención de dar respuesta a los desafíos impuestos por las dinámicas de la globalización, se ha considerado necesario abordar la cuestión desde la perspectiva de la actual tendencia de las EMN a la autorregulación a través del desarrollo de iniciativas voluntarias dirigidas a promover la RSE. Todo ello, en un marco de debate científico más amplio, como es el del Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por lo tanto, al tiempo que se señala que el control de las EMN necesita la adopción de regulación a nivel internacional, se argumenta que las sinergias entre la Ley y las iniciativas voluntarias puede, en la actualidad, permitir reforzar el control de estas entidades, a la vez que provocar cambios positivos en la gestión diaria de sus actividades.

Así, esta investigación ha tenido como objetivo mostrar que, los instrumentos de RSE están transformando los marcos normativos, creando cada vez más efectos jurídicos, y provocando así modificaciones en la propia naturaleza de la RSE. De este modo, se han analizado diversas iniciativas voluntarias con el objetivo de examinar si estos instrumentos están gestionando los principales riesgos que este sector plantea, y cómo estos están impactando en la normativa nacional. Además, en particular, a través del EITI, se ha pretendido estudiar si sus disposiciones tienen alguna incidencia sobre los derechos humanos, en particular sobre el derecho de participación y el derecho de acceso a la información. Finalmente, sobre este particular, se ha analizado si existen mecanismos nacionales, o del propio EITI, que aseguren el cumplimiento del Estándar. Con este objetivo, se han analizado dos países implementadores, Nigeria y Colombia, a través de los cuales se ha observado el proceso de implementación, las medidas adoptadas, la adecuación a los Requisitos EITI, así como, desde nuestro punto de vista, las medidas pertinentes para asegurar la transparencia, y, por consiguiente, la rendición de cuentas. Teniendo en cuenta las consideraciones realizadas a lo largo de esta investigación, se presentan las siguientes conclusiones.

PRIMERA. -

Con el fin de abordar esta investigación, un primer paso ha sido delimitar el objeto de estudio. En este sentido, debido a su importante rol en el marco de la globalización, se consideró establecer a las EMN en el centro de este estudio. Esta consideración, encontró una mayor justificación tras el análisis de las persistentes controversias en relación con su alcance terminológico y semántico. Así, la caracterización de las EMN como sociedades mercantiles, con ánimo de lucro, constituidas de conformidad con un ordenamiento jurídico nacional, que desarrollan sus actividades económicas en diferentes países, manteniendo el principio de unidad de dirección empresarial, mostró, en un primer momento, que estas se mueven en un contexto jurídico más complejo a la hora de establecer responsabilidades en comparación con otras empresas. No obstante, el desarrollo global de este estudio ha llevado a entender que es necesario, en especial en relación con el respeto de los derechos humanos en el sector extractivo, prestar también especial atención a otras empresas como la mediana o la pequeña empresa, así como a las empresas públicas, ya que sus actividades también pueden generar impactos negativos sobre los mismos.

Teniendo en cuenta lo anterior, se ha procedido a examinar su papel como actores globales, y el estado de la cuestión en relación con su personalidad jurídica en el Derecho Internacional. Aspectos que se han creído pertinentes volver a considerar, habida cuenta de que aún pasados los años y existiendo un amplio debate y extensa literatura, sorprendentemente continúan siendo motivo de controversia.

En este sentido, como es sabido, diferentes autores han venido afirmando que la nueva configuración internacional, debido principalmente a la globalización, ha provocado el desplazamiento y una profunda crisis en la soberanía de los Estados, en parte generada por la convicción de la existencia de otras fuentes de poder y regulación capaces de dirigir procesos globales, en particular las EMN. Sin embargo, se ha argumentado ampliamente, que aunque estas entidades han mostrado tener un amplio poder fáctico, a la vez que tienen una gran capacidad de influencia para condicionar la producción normativa, tanto a nivel estatal como internacional, y que sus actividades tienen importantes impactos políticos, económicos, sociales y ambientales, positivos y negativos, la alegada retirada del Estado sigue siendo un mito, y que precisamente, los Estados continúan concentrando una fuerte autoridad

sobre el uso de la fuerza, la capacidad de hacer cumplir la legislación pertinente o el control de la economía. Aspectos, que toman especial relevancia en particular en el sector de los hidrocarburos, debido al importante papel que esta industria juega en las relaciones con los Estados. No obstante, no puede obviarse la influencia de las EMN en el contexto global ni tampoco su impacto, ya sea a nivel social, medioambiental o económico, por lo que estas no pueden quedar al margen de sus responsabilidades sociales y medioambientales. Hecho diferente será en qué medida y cómo debe caracterizarse su participación y responsabilidad. Dicho esto, se ha entendido que precisamente el monopolio de la legislación/coerción y el principio de la soberanía de los recursos naturales son dos aspectos fundamentales del poder de intervención del Estado que jugarán un rol importante en el desarrollo de algunas iniciativas, como el EITI.

A pesar de lo anterior, sigue alertando la existencia de intensos debates sobre su subjetividad internacional en la agenda internacional, teniendo en cuenta que las empresas han ido progresivamente adquiriendo una serie de derechos que pueden hacer valer ante instancias internacionales (subjetividad activa), y en cambio, en paralelo, no se ha progresado en la adquisición de obligaciones que permitan hacerlas responsables por su vulneración en el plano internacional (subjetividad pasiva). Por lo tanto, se evidencia que el actual sistema internacional de protección de los derechos humanos sigue siendo inconcluso, no unificado y sin una concreta normativa que regule el comportamiento de las empresas.

Sin embargo, y aunque se trate de entidades reguladas por el derecho interno, este estudio ha entendido, tal y como otros autores han afirmado, que no existen obstáculos insalvables para su reconocimiento como un nuevo sujeto con personalidad jurídica internacional diferente a la del Estado, que permita el establecimiento de responsabilidades bajo el Derecho Internacional.

SEGUNDA. -

De este modo, esta insuficiencia del Derecho Internacional y la progresiva demanda de la sociedad de reclamar a las empresas una mayor asunción de sus responsabilidades por los impactos generados en el desarrollo de sus actividades, ha

tenido como resultado que el debate de la RSE haya ido ganando terreno en las últimas décadas.

El concepto de RSE también ha sido ampliamente debatido, tanto a nivel académico como dentro de la propia empresa (H. R. Bowen, F. A. Hayek y M. Friedman, entre otros), sin tampoco haber llegado en la actualidad a un consenso global sobre su significado, lo que ha generado una disparidad de definiciones y de teorías a lo largo de los años. Así, nos hemos encontrado ante un término flexible que ha ido evolucionando en las últimas décadas, debido a los cambios producidos en la propia sociedad, como también por las diferentes creencias de orden político, ideológico o psicológico. Incluso, las empresas también han empezado a definir su propio concepto y han adoptado políticas de responsabilidad social que van más allá de la filantropía, ya sea por factores propiamente éticos, como vector diferenciador de innovación y competitividad o, desde un punto de vista mercantilista, para evitar riesgos reputacionales. Esta realidad ha venido motivada en cierto modo porque cada sector es diferente, porque cada empresa opera en contextos diferentes, y por consiguiente su relación e impacto sobre la sociedad es desigual.

Por ello, el primer paso en esta investigación ha sido delimitar el sentido básico en que se ha pretendido utilizar este término. Este examen se ha llevado a cabo en base a los elementos estructurales y principios de la RSE.

Así, la RSE se ha considerado como aquel conjunto de obligaciones asumidas de manera voluntaria por las empresas jurídicamente no vinculantes y no reclamables judicialmente. No obstante, se ha demostrado que esto no quiere decir que de la RSE no puedan nacer deberes jurídicos accesorios para la protección de determinados bienes o intereses jurídicamente relevantes. Incluso se ha evidenciado que se está desarrollando, poco a poco, un marco normativo obligatorio que está estableciendo normas mínimas encaminadas a garantizar unas pautas equitativas en materia de RSE. Unos deberes asumidos que tienen como propósito hacer el bien y hacer que las empresas sean responsables por sus actuaciones. Por ello, y teniendo en cuenta el carácter transnacional de la globalización, se ha considerado vital que la construcción de un ethos global debería estar enmarcado y tener coherencia con los diferentes hitos universales establecidos en las normas internacionales. No obstante, también se ha considerado que la RSE, en todo caso, no debe entenderse como un instrumento

sustitutivo de las obligaciones de los poderes públicos de legislar en materia de derechos sociales y laborales o medioambientales, sino como un complemento que podría suplir las deficiencias existentes de la normativa internacional. Finalmente, se ha entendido que su adopción lleva adjunta la idea de responsabilidad sobre las obligaciones adoptadas, y que por consiguiente, las empresas deben rendir cuentas ante la sociedad por todas sus acciones y decisiones, a la vez que establecer mecanismos adecuados para controlar el cumplimiento de las normas establecidas.

TERCERA. -

Un hito importante en el debate sobre las empresas y los derechos humanos fue la presentación por parte del profesor John Ruggie del marco conceptual denominado: “Proteger, respetar y remediar: un marco para las empresas y los derechos humanos”, cuya operatividad vino dada a través de una serie de recomendaciones establecidas por los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Este se ha convertido en el marco conceptual general apoyado por la ONU como guía para los Estados, las empresas y las ONG en esta materia.

El estudio de los diferentes informes ha permitido exponer que este marco no fue concebido con la idea de crear nuevos deberes jurídicamente exigibles para las empresas, sino que lo que se pretendió fue esclarecer el modo de satisfacer un deber ético mundial de respetar los elementos básicos de los derechos humanos consagrados a nivel internacional. En definitiva, se ha ratificado que J. Ruggie estableció este conjunto de responsabilidades como obligaciones o deberes éticos complementarios o suplementarios, y no sustitutivos, de los deberes jurídicos (tal y como el propio concepto de RSE asumido percibe la asunción de deberes). Un marco, que esta investigación ha concluido debería configurarse como el marco general que define el rol de cada actor (empresa-estado) y que, en todo caso, abriría las puertas para que los actuales mecanismos de *soft law*, como el EITI, puedan desarrollar obligaciones concretas en base a este.

De conformidad con lo anterior, se concluye que es precisamente este deber ético de no causar perjuicios a los derechos humanos básicos de los demás lo que debe concebirse como un fundamento básico para la RSE. Una obligación que se materializa, según los Principios Rectores, a través del establecimiento de unos

deberes éticos accesorios que son, el compromiso político, el desarrollo de un proceso de debida diligencia en materia de derechos humanos y el establecimiento de procesos que permitan reparar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos. Precisamente, a través de esta configuración, se ha afirmado que en concreto J. Ruggie se habría inspirado y habría trasladado a los Principios Rectores, mecanismos ya ampliamente utilizados por las empresas en modelos técnicos como el Sistema Gestión de Riesgos en la empresa, el Sistema de Gestión de la Calidad, o el Sistema de Gestión medioambiental definidos por la Organización Internacional de Normalización. Así, se ha observado que los Principios Rectores recogen precisamente la misma concepción en relación con la idea de adoptar compromisos y la importancia de la identificación de los riesgos. En otras palabras, J. Ruggie, habría trasladado la estructura de estas normas internacionales a una norma de calidad de gestión de los Derechos Humanos.

Finalmente, también se concluye que el deber de las empresas de reparar los daños causados a los derechos humanos a través de la creación de mecanismos no judiciales propios de las empresas podría englobarse dentro de la concepción de la RSE, ya que se está hablando de la adopción de sistemas propios para ofrecer una reparación eficaz más allá, y con carácter previo, a los recursos estatales. Siendo, precisamente este ámbito en el que se podrían incluir las iniciativas de RSE desarrolladas por las empresas, en virtud del Principio Operativo 30.

CUARTA. -

Durante muchos años el concepto de RSE no ha recibido mucha atención por parte de la ciencia jurídica a diferencia de otras ramas, como la economía, que ha desarrollado extensos estudios. El componente voluntarista, desde una perspectiva clásica del Derecho, parece que ha llevado a emplazarla extramuros del ordenamiento jurídico. En cambio, debe entenderse que la responsabilidad viene precisamente determinada por la existencia de la libertad y la voluntariedad en primera instancia. Por lo tanto, como fenómeno social, que además puede plasmarse en acciones concretas con incidencia sobre terceros, hace que sea ineludible su vinculación con la dimensión legal. En otras palabras, se ha mostrado que esta particularidad se está desdibujando, es decir, se ha evidenciado el incremento de los efectos jurídicos accesorios que se desprenden de las políticas de RSE adoptadas por las empresas, así

como un aumento en la tendencia a positivizar la RSE en los marcos normativos. Una tendencia que se ha comprobado se está manifestando tanto en el plano regional, como en el nacional, o en el internacional. En particular, se han identificado los 5 ámbitos que a continuación se relacionan:

i) *Contratación y subvenciones públicas:*

Las acciones de RSE han venido siendo utilizadas por las EMN en las últimas décadas y están siendo adoptadas cada vez más también por medianas y pequeñas empresas. En cambio, podría decirse que la Administración Pública empieza a incorporarla de forma más tardía, en especial, a partir del momento que la Comisión Europea comienza a fomentar la integración de políticas nacionales de RSE en armonía con las políticas comunitarias, normas y códigos internacionales.

Como consecuencia, la RSE empezó a adentrarse en la agenda política de muchos gobiernos europeos, dando respuesta a las expectativas de la sociedad en relación con el papel que las empresas tienen no sólo con los aspectos económicos, sino también a nivel social y medioambiental. En este sentido, se ha evidenciado que las administraciones están mostrando su rol de promotor de la RSE a través de medidas como la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación pública. A modo de ejemplo, se ha expuesto como España, de conformidad con la legislación comunitaria en materia de contratación pública, integró en la ley de contratos del sector público estos aspectos. Y así también han seguido este ejemplo algunas comunidades autónomas como Cataluña, Valencia, Castilla-La Mancha, etc.

Por otro lado, también se ha resaltado esta tendencia en la normativa relativa a la concesión de las subvenciones públicas a través de la inclusión de cláusulas sociales y ambientales, por ejemplo, en los criterios de concesión o los de ejecución de la obligación.

ii) *Impulso normativo de la debida diligencia en materia de derechos humanos.*

Los Principios Rectores introdujeron la necesidad de que las empresas operen con la debida diligencia para que sus operaciones no provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos. Un mecanismo que se ha afirmado es característico de los mecanismos de RSE. Esta tendencia, tal y como han mostrado diversos estudios, podría estar justificada ante la falta de adopción, todavía

en la actualidad, por parte de las empresas de sistemas efectivos dirigidos a evitar o minimizar los impactos adversos sobre los derechos humanos. Por lo tanto, este hecho, podría haber acelerado la necesidad de impulsar la adopción de esta normativa. Aunque, este compromiso ya ha sido adoptado por la propia Comisión Europea, algunos países de la Unión Europea ya han empezado a aprobar leyes sobre la debida diligencia en derechos humanos o han adoptado disposiciones dirigidas a ampliar la responsabilidad de las personas jurídicas.

iii) Protección de los derechos e intereses de los consumidores, inversores, accionistas y otros frente a las prácticas desleales.

Las acciones de marketing conocidas con el término de *greenwashing* han empezado a estar en el punto de mira. Con el fin de evitar estas prácticas desleales que afectan, especialmente a compradores y competidores, se aprobó ya en 2005, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Esta normativa hace hincapié en realzar aquellas conductas que supongan un incumplimiento de los compromisos establecidos en los códigos de conducta de las empresas o en el engaño sobre la participación de estas en programas sociales o medioambientales. Esto ha permitido abrir las puertas a que consumidores y competidores puedan interponer demandas por incumplimiento del contrato o de sus compromisos.

iv) Divulgación de información no financiera por parte de las empresas.

Uno de los aspectos cardinales para la RSE es la transparencia. En la última década se ha mostrado la proliferación de los estándares relativos a la divulgación de información no financiera. En este sentido, se ha observado que muchas empresas ya llevan años informando sobre cuestiones sociales y ambientales. Siguiendo esta tendencia, en el plano europeo, finalmente se aprobó la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014. En el caso de España, esta se ha transpuesto a través de la Ley 11/2018. Si bien se trata de un avance muy importante, el análisis de esta última ha probado una cierta falta de voluntad política del Estado español para precisar y desarrollar el contenido de la Directiva. Este hecho muestra que la citada Ley no ha aprovechado la ocasión para fijar mecanismos de información concretos que ayuden a las empresas a entender qué información precisa deben divulgar, pudiendo provocar una falta de coherencia y homogeneidad

comparativa de los informes, así como una falta de rigurosidad en el proceso de verificación de los mismos.

Por otro lado, también se ha percibido la dificultad que tienen las empresas de divulgar información sobre la gestión de los derechos humanos. Este hecho ha evidenciado que, en realidad, estas en la actualidad todavía no entienden el alcance de los derechos humanos ni el impacto que su actividad tiene sobre estos. De ahí, que se realce la necesidad de que esta normativa haga especial referencia al Marco para el Informe de los Principios Rectores de las Naciones Unidas como guía para poder identificar posibles brechas en su desempeño. Por ello, se ha entendido que la Directiva 2014/95/UE podría haber sido un primer paso para mostrar la necesidad de que las empresas tomen medidas al respecto y establezcan los derechos humanos en su gestión diaria.

v) Inclusión de cláusulas sociales y ambientales en los tratados de inversión bilaterales.

Finalmente, pero no menos importante, se ha expuesto la positivación jurídica de la RSE en el ámbito del derecho internacional económico, en particular en los tratados internacionales de inversión. En este sentido, la Unión Europea en su resolución titulada sobre la Responsabilidad Social de las Empresas y los acuerdos de comercio internacional pidió a la Comisión la integración de la RSE en el sistema de preferencias generalizadas SPG y SPG+, así como la integración de cláusulas de RSE en todos los acuerdos comerciales de la Unión Europea. Una tendencia que también se ha observado en otros países a través del análisis de los tratados internacionales en la materia. De este modo, estas cláusulas están permitiendo reforzar la posición del Estado frente a las empresas al ofrecer otro elemento de juicio que puede asegurar o mejorar la protección del interés general sobre las cuestiones sociales y medioambientales.

QUINTA. -

El sector de los hidrocarburos, y en especial el petróleo sigue configurándose como un sector estratégico para el desarrollo y como vector integral de la política y la economía de los países. Una actividad que, como se ha expuesto presenta altos niveles de riesgos sociales y ambientales. De este modo, el estudio de la estructura del

petróleo y el gas, a través de la cadena de valor, ha mostrado que los derechos humanos pueden ser vulnerados, ya sea directa o indirectamente, a lo largo de todas las fases de vida de un proyecto extractivo.

En particular se han detectado tres grandes grupos de riesgos i) los derechos humanos frente a las fuerzas de seguridad y la intensificación de los conflictos armados; ii) el impacto ambiental del sector de los hidrocarburos con especial atención a los derechos de la población indígena, y iii) el impacto de la corrupción sobre los derechos humanos.

La falta de regulación de las EMN en el ámbito internacional y la mala gobernanza, que caracteriza al sector, han sido factores fundamentales para que la comunidad internacional haya puesto su mirada sobre esta industria para promover el desarrollo de unas pautas de conducta dirigidas a fomentar buenas prácticas para mejorar su relación con la sociedad y el medio ambiente. A través de los informes de sostenibilidad de algunas de las principales empresas del sector se han detectado las iniciativas con mayor apoyo; i) Task Force on Climate-related Financial Disclosures; ii) Carbon Disclosure Project; iii) Zero Routine Flaring; iv) International Finance Corporation Performance Standards; v) las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales; vi) los Objetivos de Desarrollo Sostenible; vii) los Principios voluntarios de seguridad y derechos humanos; viii) el Pacto Mundial de Naciones Unidas; ix) los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos y la Guía del sector del petróleo y el gas para la implementación de los Principios Rectores y x) el EITI. A través de la valoración de los objetivos y el contenido de estos instrumentos adoptados se ha constatado que estas iniciativas estarían abordando algunos de los riesgos detectados para este sector.

Así, teniendo en cuenta los principales riesgos revelados, puede decirse que, en primer lugar, los instrumentos de divulgación, en particular el *Task Force on Climate-related Financial Disclosures* y el *Carbon Disclosure Project*, podrán ayudar a las empresas a determinar, tanto los riesgos como las oportunidades ambientales de su actividad empresarial, así como conocer las actuaciones de las empresas competidoras. Dicho esto, la divulgación podrá servir también para ayudar a realizar un seguimiento y evaluación de su desempeño ambiental, y establecer las bases para tomar las medidas oportunas para minimizar su impacto ambiental (como, por

ejemplo, la adopción de la certificación ISO 140001, el desarrollo de formación y sensibilización de las personas trabajadoras de la empresa, la adopción de directrices de reducción de consumo energético, etc.).

Por otro lado, la implementación de la iniciativa *Zero Routine Flaring*, cuyo objeto es eliminar la práctica existente de la industria petrolera de quemar gas de manera rutinaria en los sitios de producción, tendrá un impacto directo sobre los riesgos relacionados con el medio ambiente. De este modo, la estrecha relación entre el medio ambiente y los derechos humanos supone un importante apoyo para afirmar que si las empresas toman las medidas oportunas en virtud de la adopción de esta iniciativa, indirectamente tendrán un impacto positivo sobre derechos como el derecho a la salud, a la vida, entre otros.

Asimismo, los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos y la Guía del sector del petróleo y el gas para la implementación de los Principios Rectores detallan el rol y la responsabilidad las empresas ante los derechos humanos mientras que las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales determinan una serie de recomendaciones y normas voluntarias para una conducta empresarial responsable, entre otras, sobre cuestiones relativas, no sólo en relación con los derechos humanos, sino también con el medio ambiente y la corrupción. Por lo tanto, se trata de unos instrumentos que establecen pautas de conducta o comportamiento, y si bien no se configuran como normas jurídicamente vinculantes, deben entenderse como una guía para desarrollar sus propios instrumentos en los que tengan en cuenta sus principales riesgos.

Por su lado, el Pacto Mundial hace referencia a aquellos compromisos generales en materia de derechos humanos, trabajo, medioambiente y anticorrupción. Aunque se trata de compromisos muy amplios, la idea principal que aquí debe destacarse es que las empresas se están comprometiendo públicamente a comportarse de una determinada forma, y por lo tanto, están definiendo su conducta (la cual podría conllevar consecuencias jurídicas).

En tercer lugar, los ODS se muestran como una herramienta interesante en el intento de que las empresas, y en nuestro caso las empresas del sector extractivo contribuyan al desarrollo sostenible a través de sus operaciones, así como a minimizar

sus impactos negativos. Para ello, se ha expuesto la necesidad de que estas lleven a cabo un ejercicio de priorización de los ODS sobre los que tienen una mayor capacidad de impacto y definan sus objetivos, metas e indicadores de seguimiento. Así, las características propias del sector extractivo nos han llevado a indicar algunos de los ODS más relevantes, entre otros, el ODS 1, ya que esta industria puede adoptar medidas que contribuyan a asegurar los derechos sobre la tierra y los recursos, o también el ODS 13 a través de la adopción de medidas para mitigar la acción contra el cambio climático. Una contribución que se verá además reforzada, no sólo por la adopción de medidas propias de la empresa, sino también por la implementación de cualquiera otra iniciativa o estándar, ya sea el EITI, el *Zero Routine Flaring*, o el *International Finance Corporation Performance Standards*, entre otros. Por lo tanto, un ejercicio, que, debido a la estrecha relación entre los ODS y los derechos humanos, tendrá un impacto positivo sobre el ejercicio de estos últimos.

En cuarto lugar, el análisis del *International Finance Corporation Performance Standards*, permite afirmar que si bien tampoco en este caso nos encontramos ante una norma de Derecho Internacional jurídicamente obligatoria, este estándar podría significar un avance hacia la mejora de la sostenibilidad de las empresas al supeditar la financiación de actividades a resultados positivos en relación con aspectos como la eficiencia del uso de recursos, la salud y seguridad de la comunidad, la conservación de la biodiversidad, los derechos de los pueblos indígenas o la protección del patrimonio cultural, entre otros.

Por último, se ha destacado los Principios Voluntarios como una de las principales iniciativas que, junto al EITI, está regulando las operaciones de la industria extractiva. De este modo, esta se centra en otro de los riesgos más significativos del sector, las violaciones de derechos humanos en situaciones de conflicto. Para ello, establece pautas de comportamiento para prevenir la vulneración de los derechos humanos y la generación de conflictos. Desde un enfoque de derechos humanos es además interesante, ya que estos hacen referencia a estándares internacionales de derechos humanos y siguen las directrices de los Principios Rectores. Sin embargo, se ha puesto de manifiesto que a pesar de que las empresas del sector suelen operar en entornos de alto riesgo en los que los abusos suelen ser muy elevados, esta iniciativa todavía en la actualidad tiene un porcentaje de adhesiones poco significativo. Si bien, los informes

de sostenibilidad de estas empresas estarían mostrando que estas están adoptando compromisos para cumplir con estas directrices.

Por todo lo expuesto, esta investigación considera que las iniciativas que las empresas del sector extractivo están tomando en consideración los principales desafíos que la industria extractiva presenta. Por lo tanto, esto nos permitiría afirmar que las empresas se están dotando de instrumentos que les pueden ayudar a minimizar o eliminar sus impactos negativos en el medio ambiente y en los derechos de las personas. En este sentido, se entiende que sería altamente recomendable que muchos de estos instrumentos adoptaran un enfoque de derechos humanos, y establecieran a las personas en el centro de las decisiones.

Por otro lado, cabe destacar que este trabajo no ha podido valorar o examinar el grado de efectividad real en la actualidad respecto a la eliminación o reducción de estos riesgos una vez la empresa ha adoptado, implementado o se ha adherido a estas iniciativas. En realidad, esto podría ser la base para otra investigación.

SEXTA.-

Diferentes informes publicados por varias organizaciones internacionales empezaron a poner de manifiesto que la falta de transparencia constituía uno de los principales males del sector extractivo. De este modo, se empezó a plantear la transparencia como uno de los vectores fundamentales para ayudar a mejorar la gobernanza de las actividades de esta industria, y así luchar contra la corrupción pública. Es en este contexto que se origina la idea de desarrollar un instrumento para guiar a los Estados, pero también a las empresas, a crear un marco de transparencia específico, el EITI. Un instrumento cuyo objetivo principal busca convertirse en un estándar global para la buena gobernanza de los recursos petroleros, gasíferos y mineros que garantice la transparencia y la rendición de cuentas con respecto al modo en que se gobiernan los recursos naturales de un país. Si bien, se ha observado que esta tendencia también ha sido adoptada en otros subsectores como en la explotación forestal, la extracción de diamantes, etc. En cualquier caso, ante esta diversidad de instrumentos, esta investigación ha centrado su estudio en el EITI, habida cuenta de que como iniciativa voluntaria multistakeholder no vinculante, es el instrumento con

mayor respaldo internacional, y cuya estructura gubernativa y disposiciones presenta una mayor exigencia para impulsar la transparencia.

Esta iniciativa, como se ha observado, está teniendo un impacto en la evolución del marco regulatorio de los países implementadores, sin embargo, no puede decirse que alcance la categoría de derecho positivo de forma directa. Por ello, en primer lugar, se ha procedido a determinar su grado de legitimidad desde la perspectiva de la calidad participativa del proceso (*input legitimacy*). En relación con la legitimidad desde el punto de vista de la eficiencia (*output legitimacy*), un examen exhaustivo del EITI, ha puesto de manifiesto que existe una gran dificultad para valorar la consecución de los objetivos concretos que motivaron su creación, ya que el EITI tendría muchos planos de evaluación sobre su eficacia: unos de resultado y otros de comportamiento. En relación con los primeros se ha observado que el Estándar no ha establecido objetivos concretos, y por consiguiente, no es posible determinar el desempeño general de los países según unos indicadores predeterminados. Además, las características de cada país hacen que la exposición de conclusiones globales pudiera no mostrar una visión acertada de la efectividad del EITI. Si bien, una valoración del comportamiento de los Estados podría ser más fácil de determinar, tal y como esta investigación ha pretendido llevar a cabo a través del estudio de los casos de Nigeria y Colombia. Esta ha permitido estudiar los compromisos adoptados con la iniciativa, aunque no ha podido demostrar si la implementación ha empezado a mejorar la gobernanza de los recursos naturales en estos dos países. Esto, podrá ser la base para un futuro estudio.

De este modo, un primer análisis se ha concentrado en el primer enfoque (*input legitimacy*), concluyendo que a pesar de que es una iniciativa no exenta de detractores, podría afirmarse que el EITI dispondría de una amplia legitimidad global. Así, su origen ya se encuentra marcado por la participación de diversos actores. La demanda de diversas organizaciones sobre los desafíos que presenta el sector y sus impactos negativos fueron el fundamento que cristalizó en la propuesta de Tony Blair sobre la necesidad de crear un marco de transparencia para la industria extractiva. Esta idea se materializó en una serie de encuentros entre la sociedad civil, las empresas y los representantes de algunos gobiernos y, finalmente, en la celebración de la Primera Conferencia del EITI, que tuvo lugar en Londres en junio de 2003. Esto mostró así la

voluntad de desarrollar una iniciativa que implicara a las citadas partes interesadas en el proceso de elaboración del Estándar. No obstante, se ha evidenciado que existen críticas de la sociedad civil que aclaman la deslegitimación del EITI debido a la falta de participación de las comunidades afectadas. Un aspecto, que en todo caso, se ha entendido podría ser resuelto gracias al trabajo realizado por los grupos multipartícipes nacionales (los cuales deben ser constituidos en virtud del Requisito 1.4). Si bien, esta visión debería ser analizada país por país con el fin de observar si efectivamente estas se encuentran incluidas o si están verdaderamente representadas. En esta misma línea de ideas, el propio sistema de gobierno reforzaría esta legitimidad, en tanto se constituye también en base a la misma estructura tripartita.

Por otro lado, en tanto iniciativa voluntaria, sus miembros tienen total potestad para considerar su entrada o salida de la iniciativa e incluso se dispone de procesos para presentar ciertas quejas sobre el marco, el contenido o el proceso de implementación de un país. Así, de acuerdo con el Principio Operativo 30 de los Principios Rectores, que establece la necesidad de disponer de mecanismos de reclamación eficaces, se ha determinado que existen espacios y procedimientos que permitirían afirmar la presencia de estos mecanismos, como por ejemplo el Comité de Respuesta Rápida o las diversas vías que se ofrecen para poder presentar inquietudes y comentarios sobre diversas cuestiones. Si bien, en un futuro estudio debería valorarse el grado de efectividad de los mismos.

Finalmente, se ha mostrado que el EITI es ampliamente aceptado y respaldado tanto por Estados, como por las empresas, e incluso por la sociedad civil. En cuanto al número de países adheridos, se ha expuesto que, poco a poco, se percibe un aumento de los países implementadores, destacándose la participación de los países africanos. No obstante, también se ha evidenciado la ausencia de importantes productores de petróleo como Arabia Saudita, Canadá, Rusia, China, Emiratos Árabes, Irán, Kuwait, Venezuela, o Argelia. Esto indicaría la necesidad de adoptar medidas y/o promover acciones para que estos países adopten el compromiso de adherirse. Además, cuenta, a diferencia de otras iniciativas, con un fuerte respaldo político a nivel internacional (la Asamblea General de Naciones Unidas, el G8, el G20, la Comisión Europea, la Unión Africana). Si bien, se ha observado que sería conveniente que el número actual de empresas adheridas, teniendo en cuenta el porcentaje global de empresas

extractivas existentes, incrementara en los próximos años. En cambio, el número de organizaciones de la sociedad civil es elevadamente mucho mayor, mostrando así, la gran preocupación de la sociedad por las cuestiones e impactos derivados de la actividad extractiva.

SÉPTIMA.-

El EITI no fue creado para ser concebido como un instrumento de derechos humanos y estándares sociales, si bien en virtud del enfoque del EITI sobre que la correcta gestión de los recursos puede contribuir al desarrollo sostenible, y a la reducción de la pobreza, se ha manifestado que esto podría tener un impacto indirecto sobre los derechos económicos, sociales y culturales, y que además este Estándar podría tener un impacto directo sobre derechos como el derecho a la participación o el ejercicio del derecho de acceso a la información. Esta visión se desprendería de los propios Principios del EITI, en particular al reconocer el valor de los recursos naturales para el desarrollo sostenible y la lucha contra la pobreza, al fomentar la transparencia, como mecanismo para promover el debate público y la mejora del desarrollo social, al realzar la necesidad de establecer mecanismos de rendición de cuentas, así como al resaltar el principio de no discriminación y la aceptación de la participación en el cumplimiento de los principios. Asimismo, también el proceso de adhesión al EITI, a través del Requisito 1, marca esta idea a través de la “obligación” de los países de asegurar la participación significativa, libre y sin obstáculos de las empresas que operan en su territorio (Requisito 1.2), así como de la sociedad civil (Requisito 1.3).

OCTAVA.-

Desde su creación, el EITI ha evolucionado de un conjunto de requisitos de divulgación a un estándar que se plantea como un marco a seguir para la adopción de leyes de transparencia en este u otros sectores. Un análisis exhaustivo del EITI ha permitido exponer las características básicas de su naturaleza, esto es; su carácter híbrido, su adaptabilidad y su inclusividad (debido a la participación tripartita de diferentes actores previamente comentada).

En primer lugar, se ha observado que se trata de una iniciativa de adhesión voluntaria, pero que presenta a su vez elementos de obligatoriedad jurídica, configurándose así como un estándar *rara avis* de RSE. Por un lado, se ha afirmado

que el EITI es analíticamente una forma de regulación transnacional no jurídica que debe entenderse como una norma de *soft law*, habida cuenta de que los gobiernos aceptan su aplicación y han participado en su elaboración. Si bien, esto no implica su exigibilidad directa en Derecho, y es el propio EITI el que establece las consecuencias del incumplimiento de sus Requisitos. No obstante, se ha observado que esto podrá variar en caso de que el Estado apruebe normativa para la aplicación concreta del EITI. Por lo tanto, la naturaleza de esa obligación interna estará supeditada a los mecanismos nacionales por los que haya optado cada gobierno.

Asimismo, también se ha concluido que la no obligatoriedad jurídica a nivel internacional no debe entenderse como una barrera a la eficacia del estándar, sino que los avances obligacionales, que se desprenderían de su naturaleza híbrida, podrían ofrecer un grado óptimo de cumplimiento. De este modo, se ha concluido que el EITI parece estaría contribuyendo a gestar una forma de *subjetividad transnacional* de las EMN, a través de la cual estas estarían obligadas a divulgar los datos relativos a los pagos realizados, estableciendo así un contexto en el que tendrían que responder por sus acciones. No obstante, el estudio del EITI habría mostrado que, como instrumento global de aplicación nacional/local, pueden surgir desafíos a la hora de hacer cumplir sus Requisitos a este nivel. También, el contexto de cada país, su sistema general de gobernanza, así como la calidad de su Estado democrático tendrán un gran peso en que la implementación tenga un mayor o menor éxito.

Por otro lado, se ha afirmado que el EITI puede entenderse como un Código de RSE a pesar de que son los Estados quienes se adhieren a la iniciativa. El rol de las empresas y su relación con el estándar ha evidenciado que puede categorizarse como tal, es decir, su papel en su desarrollo, así como su participación directa en los procesos y órganos de creación, aplicación, seguimiento y vigilancia del estándar, son muestra de ello. Además, se ha observado que, aunque todavía quede un largo camino por recorrer, algunas empresas ya están dando su apoyo de manera voluntaria. Así, todo ello, hace posible que se pueda concluir que la iniciativa también pueda entenderse como una herramienta de RSE para las empresas.

Finalmente, se ha mostrado que el EITI tiene un carácter adaptable. Es decir, no es un instrumento estático, ya que se ha observado que desde su creación este se ha ido modificando con el fin de afrontar los desafíos que han ido surgiendo respecto con su

estructura, así como para velar por las necesidades e intereses de las partes implicadas, o para adoptar las nuevas tendencias en materia de sostenibilidad. Unas modificaciones que se han adoptado a través de las Conferencias Globales (el órgano deliberativo plenario del EITI), mostrando así una clara predisposición para alcanzar consensos.

NOVENA.-

Como se ha expresado, el EITI se ha formado, y así continúa en la actualidad, a través de las citadas Conferencias Globales, mostrándose como una iniciativa flexible ante las demandas de la sociedad. De este modo, el Estándar se adecua a los desafíos que surgen entre las Conferencias. No obstante, se ha evidenciado que todavía existe un cierto grado de sistematización confusa que hace que el lector pueda tener dificultades para entender el texto y su estructura. Se hace así necesario y recomendable una revisión exhaustiva del estándar que lo mejore y lo sistematice. La propia lectura de Estándar 2019, sigue poniendo en evidencia la confusión o la falta de claridad de su contenido. Prueba de ello, es la vaguedad y la poca claridad que se desprende de los Artículos de la Asociación sobre su funcionamiento y la naturaleza de su estructura orgánica.

DÉCIMA.-

Partiendo de la idea de que el EITI puede establecerse como una plataforma que fomente el respeto de los derechos humanos dentro del marco del EITI, el enfoque seguido a lo largo de este trabajo se ha configurado en base al reconocimiento de que el EITI se constituye como un Estándar que se dirige a integrar algunas de las características que presenta el concepto de gobernanza; esto es, participación, coherencia con el Estado de Derecho, transparencia, capacidad de respuesta, orientación al consenso, equidad e inclusión, eficacia y eficiencia, y rendición de cuentas. Así, se ha llevado a cabo un análisis global del EITI, y un análisis comparativo del proceso de implementación del EITI en Nigeria y en Colombia. El objetivo principal ha sido observar los compromisos adoptados por estos dos países y analizar cómo estos se traducen a la práctica a nivel nacional. Este examen nos ha llevado a determinar la necesidad de establecer un nuevo enfoque para mejorar la transparencia y la rendición de cuentas, esto es, la promoción del derecho de acceso a la información como mecanismo esencial para asegurar el cumplimiento de las

disposiciones del Estándar. No obstante, y ya avanzamos, no se han podido obtener conclusiones globales aplicables a todos los países en términos de efectividad.

UNDÉCIMA.-

De este modo, en primer lugar, nos hemos detenido en los aspectos relativos a la participación en el EITI. El derecho de participación se encuentra ampliamente reconocido a nivel internacional, y se configura, junto al derecho de acceso a la información, como parte esencial del apoderamiento de los ciudadanos para orientar las decisiones que afectan a su vida, y en este caso, como un aspecto necesario para pedir la rendición de cuentas en relación con las cuestiones relativas al sector extractivo.

Asimismo, esta investigación ha estudiado si las disposiciones del EITI aseguran una participación directa y efectiva de las partes interesadas. De este modo, el derecho de participación en el seno del EITI se ha concebido desde una doble perspectiva. Por un lado, en relación con el propio proceso de constitución de la iniciativa, como se ha indicado previamente, y por el otro lado, respecto a la participación de las empresas y de las organizaciones de la sociedad civil en el proceso de implementación y seguimiento del EITI en los países implementadores. Así, el Estándar 2019, a través del Requisito 1, promueve e intenta asegurar una participación libre de las empresas, y especialmente de la sociedad civil, debido a los desafíos que este segundo grupo puede presentar a la hora de participar en su implementación. Para ello, el propio Estándar ha desarrollado herramientas dirigidas a garantizar su participación, esto es, el Protocolo sobre la participación de la sociedad civil. Cabe decir, además, que se ha puesto de manifiesto que el EITI, de conformidad con el citado Requisito 1, establece la necesidad de que la participación de la sociedad civil sea verificada desde el inicio de la manifestación del Estado de que quiere ser un “país implementador”, así como también durante la implementación y el funcionamiento nacional de supervisión del cumplimiento del esquema a través del “grupo multipartícipe”. Es decir, durante el proceso de postulación, en el proceso de creación y validación de los informes, pero también a través de los mecanismos de seguimiento, supervisión y queja articulados. No obstante, se ha mostrado que la supervisión no es continua en el tiempo. Si bien, una evaluación *ad hoc* puede ser llevada a cabo en caso de existir evidencias que pongan de manifiesto que la participación de la sociedad civil no se está asegurando.

En base a este Protocolo, el EITI requiere examinar el grado de expresión de los representantes de la sociedad civil, así como su grado de operatividad, de asociación, de participación y acceso a la toma de decisiones públicas (es decir una participación “significativa”, en “libertad” y con ausencia de obstáculos). A través de este examen el EITI pretende determinar si un país puede alcanzar el estatus de país implementador (o incluso si lo ha alcanzado, podría llegar a suspenderlo temporalmente hasta que no realice un progreso significativo en relación con este Requisito o cambie dicha situación). En este contexto, el Comité de Respuesta Rápida deviene un órgano importante para controlar que los países aseguren el pleno derecho de participación de la sociedad civil, y en general sus derechos civiles y políticos. Además, la comparativa con el Convenio de Aarhus ha permitido afirmar que el mecanismo EITI establece unos criterios que permitirían una participación pública más abierta, habida cuenta de que se permite que toda asociación civil que exprese su interés y motivación pueda formar parte. Aunque se ha hecho evidente que será necesario evaluar las decisiones finales de los Estados en la configuración del grupo multipartícipe para asegurar que esta participación es efectiva. En cualquier caso, todo ello, estaría mostrando que el EITI, aunque todavía tenga un largo camino que recorrer, efectivamente estaría fomentado el derecho de participación.

DECIMOSEGUNDA.-

Se ha de resaltar que el Estándar estipula que los derechos fundamentales de los representantes con participación activa en el EITI, incluyendo, pero sin limitarse a los miembros del grupo multipartícipe, deben respetarse. No obstante, aunque la revisión general de los países implementadores ha mostrado que un alto porcentaje ha alcanzado un progreso significativo, organizaciones como CIVICUS, han puesto en evidencia que precisamente en muchos de estos países el espacio cívico se encuentra obstruido u oprimido. Por ello, ha surgido la duda sobre el alcance del concepto de personas involucradas directamente en el proceso EITI. Es decir, el cotejo de los datos aportados por la citada organización, sobre los casos de vulneración de los derechos humanos en algunos países en relación con el sector extractivo y las valoraciones llevadas a cabo por el EITI sobre el nivel de progreso de los países en relación con este Requisito, ha cuestionado si este enfoque podría estar apartando de la protección del EITI a grupos como los defensores de los derechos humanos o a la población indígena afectada. La divergencia en relación con los hechos expuestos ha puesto

también de manifiesto la necesidad de analizar de manera separada la situación de cada uno de los países con el fin de averiguar si efectivamente el EITI está siendo estricto en cuanto a la aplicación del Protocolo y el Requisito 1.3. Los casos de Colombia y Nigeria han ejemplificado esta situación.

Así, se ha manifestado que, aunque los informes del EITI en Colombia han afirmado que la sociedad civil ha podido usar el Estándar para promover el debate público, las investigaciones llevadas a cabo por algunas organizaciones han destacado la existencia de importantes riesgos relacionados con el alto nivel de delito y violencia, especialmente en las zonas rurales afectadas por la actividad extractiva. Asimismo, el caso de Nigeria ha revelado que, aunque se considera que existe un marco favorable para la participación de la sociedad civil, han existido dificultades reales en el grado de participación, a la vez que se ha mostrado la existencia de casos de vulneración de derechos humanos en relación con activistas, periodistas, etc. De este modo, ambos contextos revelan que, aunque el Estado podría haber establecido un marco general, de conformidad con el EITI, que garantice la participación de la sociedad civil en el proceso de implementación del EITI, lo cierto es que en la práctica se han observado situaciones de vulneraciones de derechos humanos entorno a las actividades del sector extractivo. Esto evidenciaría que las disposiciones actuales del EITI no estarían protegiendo la participación de los actores de la sociedad civil que no están directamente involucrados en la implementación del Estándar.

De conformidad con lo expuesto, este trabajo ha sugerido la necesidad de que el EITI lleve a cabo una revisión del concepto “participación activa” e incluya a cualquier parte interesada o actor relacionado con el sector extractivo, y no sólo se tenga en cuenta a los actores fundamentalmente involucrados en el EITI. Si bien, no puede tampoco obviarse que el estudio de la evolución del EITI ha mostrado que poco a poco el Estándar ha ido adoptando medidas para mejorar y asegurar la protección de la sociedad civil. Es decir, debe entenderse que, aunque se afirme que todavía exista un camino de mejora de la gestión de esta cuestión, tanto por parte de la organización como de los estados implementadores, también es cierto que no puede negarse que el EITI estaría mejorando el fomento del respeto de los derechos humanos, al menos el de las personas involucradas directamente con el EITI.

DECIMOTERCERA.-

Teniendo en cuenta lo anterior, se ha mostrado que el derecho de participación se fomenta a través del Requisito 1.4 del EITI al solicitar al gobierno a constituir un grupo de multipartícipes que esté integrado, no sólo por miembros del gobierno, sino también por las empresas y la sociedad civil. De este modo, se ha determinado que estos grupos son el órgano clave para asegurar el éxito de la implementación del Estándar. Se realza así que el EITI puede suponer una mejora para establecer un espacio de diálogo entre las partes interesadas. Por ello, el propio EITI ha ido observando los desafíos que presentan estos grupos y ha desarrollado recomendaciones de mejora. No obstante, este proceso tampoco está exento de críticas, y la falta de un sistema de sanciones más robusto y exigente puede conllevar a que el cumplimiento de este Requisito sea menor de lo esperado.

En este sentido, se ha alegado que la constitución de estos grupos en ocasiones no asegura de manera efectiva la participación de la sociedad civil ya que la selección de los miembros no siempre responde a un proceso inclusivo y justo, como se ha alegado en el caso de Nigeria. En esta línea, también se ha comprobado la falta de referencia a las comunidades afectadas, concluyendo que la preocupación no radica tanto en esa falta de inclusión, sino en el hecho de que no se requiera por parte del EITI el asegurar que los grupos certifiquen que toda información realmente pueda ser utilizada por estas comunidades o grupos afectados. No obstante, cabe destacar que, en el caso de Colombia, a través de los informes se habría corroborado que la elección del grupo había seguido un proceso más democrático, inclusivo, paritario y justo en el que se aseguró la plena participación de la sociedad civil.

Por otro lado, el requerimiento de establecer unos términos de referencia públicos y claros se entiende como un factor clave para conocer la gobernanza de estos grupos. En este sentido, se ha considerado que la transparencia de la documentación relativa a la gobernanza interna de los grupos multipartícipes es crucial para que, cualquier parte interesada, y la sociedad en general, pueda pedir que el grupo rinda cuentas por la gestión realizada de acuerdo con los compromisos y objetivos establecidos. Sin embargo, se ha comprobado que todavía existen países implementadores que no publican esta información o lo hacen de manera limitada. Hecho que pudiera poner en entredicho la evaluación del desempeño del cumplimiento de los compromisos

adquiridos en relación con el Estándar. A través de Nigeria y Colombia se ha podido detectar un nivel de transparencia desigual. Así, la gestión por parte de Colombia reviste de un carácter más transparente que el NEITI, en cuanto el país publica más información, como se ha mostrado a través de la difusión de las Actas del grupo multipartícipe, las cuales se encuentran publicadas en la web del EITI Colombia.

DECIMOCUARTA.-

El análisis del contenido de este Estándar ha mostrado cómo cada vez más, tanto los gobiernos como las empresas, están integrando las demandas de la sociedad para divulgar información que históricamente se había mantenido fuera del escrutinio público. De este modo, este estudio ha caracterizado el contenido del EITI como aquella publicidad activa que todo país implementador debe divulgar, es decir la difusión imperativa y proactiva de la información que está en poder de los poderes públicos, en este caso, en relación con las cuestiones que abarcan la actividad de la industria extractiva. Una información que, si es divulgada de conformidad con unos determinados requisitos, podrá permitir a la sociedad tener un mayor conocimiento sobre cómo se gestiona el sector y cuál es el impacto que esta gestión y su actividad tienen tanto en el país como en la población.

Así, los Requisitos 2 a 6 del EITI estipulan de manera detallada la información cuantitativa y cualitativa que los países deben divulgar. Si bien, se ha observado que el EITI requiere la información según diversos niveles de imposición, es decir, unos tendrían un mayor grado de “obligación”, otros se presentan como recomendaciones. Por ello, la interpretación presentada en esta investigación ha sido determinar que la publicidad activa recaería especialmente sobre aquella información que el EITI solicita con carácter “obligatorio” mientras que el resto de las estipulaciones conformarían aquella información sobre la que el ciudadano podría ejercer el derecho de acceso a la información en caso de que no haya sido previamente publicada en los informes EITI o en cualquier otra plataforma. Sin olvidar, que también debería poder ejercer este derecho en relación con la información de carácter obligatorio que tampoco se haya publicado en una forma y tiempo óptimos que permita su utilización. Sin olvidar nunca, que su exigibilidad en Derecho variará en función de cómo el gobierno haya implementado el EITI, y de la normativa aplicable al sector.

DECIMOQUINTA.-

En relación con lo anterior, otro aspecto importante, como se ha recalcado, es que su carácter flexible le ha permitido, poco a poco, transformarse en una iniciativa cuyo foco principal era la información sobre recaudación de ingresos a un estándar internacional con el objetivo de abordar una gobernanza más amplia de los recursos extractivos, en la que se estarían además integrando las tendencias en materia de sostenibilidad e intereses de las partes interesadas. En concreto, la última revisión de 2019 supuso un gran avance en este sentido, al empezar a incluir la divulgación de cuestiones sobre impacto ambiental, así como la integración de aspectos relacionados con cuestiones de género, además de la mejora de la transparencia de los contratos. Una tendencia, que se observa en la actual estrategia del EITI para 2021-2022 en la que se plantean cuestiones, entre otras, como la transición energética o las decisiones de inversión con criterios ambientales, sociales y de gobierno corporativo. Por consiguiente, esta evolución podría dirigir al EITI hacia un nuevo enfoque que permita combatir algunos de los principales riesgos expuestos, como la corrupción o el impacto ambiental, o la vulneración de los derechos humanos.

Asimismo, un aspecto significativo de la última revisión ha sido la inclusión del “concepto divulgaciones sistemáticas” con el objetivo de esclarecer el resultado final deseado con la implementación del Estándar. Se espera así, que las divulgaciones sean más “oportunas, confiables y periódicas”, y no se reduzcan a la publicación de los informes EITI. Este nuevo enfoque respondería a la evidencia de que la transparencia no debe reducirse a un ejercicio de cantidad de información publicitada, sino que se debe asegurar que esta es una representación fiel, puntual y comprensiva, de fácil acceso y adecuada, con el fin de permitir que sea comparable con otros datos.

El análisis de la información recogida en la web del EITI, o en las webs de los países implementadores, muestra que, por ahora, esta proactividad no está muy extendida entre los países fuera de la mera presentación de los informes (que en repetidas ocasiones son presentados con años de dilación). En el momento de redactar este estudio, no se ha llevado a cabo ningún proceso de Validación de conformidad con el Estándar de 2019, de este modo, queda abierto un estudio futuro sobre la adecuación de los países en relación con este enfoque. Si bien, esta evolución muestra

la capacidad de respuesta del Estándar y la tendencia a la equidad y la inclusión, elementos característicos de la gobernanza.

DECIMOSEXTA.-

Los informes de Validación de los países implementadores han mostrado que las características de cada sistema nacional tienen un impacto directo en la implementación del EITI y en el grado de celeridad para alcanzar un progreso significativo en relación con el cumplimiento de cada uno de los Requisitos. En particular, el análisis de los casos de Nigeria y Colombia ha permitido llegar a varias deducciones y conclusiones. Las circunstancias y las motivaciones que llevan a cada país a implementar el EITI son diferentes, así como el grado de madurez de la gobernanza del sector extractivo y la cultura de transparencia, por consiguiente, este hecho ha evidenciado que el esfuerzo y el enfoque que cada país realiza no puede compararse. En este sentido, Nigeria partía de un sistema normativo todavía en proceso de desarrollo, por lo que el NEITI se ha presentado como un esfuerzo para reformar el sector y promover la rendición de cuentas. En cambio, Colombia, que contaba con una tradición normativa más desarrollada y establecida, ha centrado la implementación de manera concreta en mejorar precisamente la transparencia en el marco normativo del sector. Así, como ya se avanzó, en términos de impacto del EITI a nivel nacional, no se han podido obtener conclusiones globales de este análisis comparativo que puedan ser extrapolables al resto de países implementadores. Asimismo, se ha observado la necesidad de llevar a cabo un estudio de campo por país que permita analizar su efectividad en la mejora de la gobernanza de los recursos naturales.

A tenor de lo anterior, también es preciso indicar que se ha detectado que ambos países en la actualidad han alcanzado un progreso significativo (el resultado de las Validaciones se clasifica según la siguiente categorización: i) sin progreso; ii) progreso insuficiente; y iii) progreso significativo). En este sentido, dos aspectos deben tenerse en cuenta. En primer lugar, debe entenderse que la calificación de progreso, como el propio nombre indica, es la evolución del Estado respecto un determinado Requisito, pero ello no indica que se haya alcanzado un nivel de máxima transparencia, ni que el sistema asegure la rendición de cuentas. En otras palabras, se observa que la histórica tendencia a la opacidad ha comenzado a diluirse, pero que los

niveles de transparencia no han alcanzado todavía el nivel óptimo de progreso de cumplimiento del EITI. Por otro lado, también se ha observado que el alcanzar el mismo nivel no significa que el grado de cumplimiento sea equiparable. Por lo tanto, teniendo en cuenta el sistema de Validación del EITI actual, cada país debería ser analizado de forma independiente y entender su progreso de conformidad con sus logros. Es decir, dos países pueden haber obtenido el mismo resultado en la calificación, y en cambio no haber alcanzado el mismo grado de cumplimiento ni de madurez en relación con la transparencia, o incluso en el establecimiento de un contexto que pueda asegurar la rendición de cuentas. Muestra de ello, por ejemplo, es el nivel de detalle de los informes de Colombia en comparación con los informes de Nigeria, no sólo a nivel de cantidad de información sino también, y muy importante en cuanto a la calidad y la presentación de la información. Los informes de Colombia son presentados de una manera mucho más clara, precisa y entendible. Si bien, sí que puede concluirse, que, partiendo de un diferente contexto, y de una calidad de la gobernanza del sistema extractivo no comparable, en la actualidad, ambos países han mejorado y avanzado en el cumplimiento de los Requisitos del EITI.

DECIMOSÉPTIMA.-

El EITI se ha presentado como una oportunidad para que los Estados revisen y desarrollen el Derecho del país. Esto ha quedado probado a través de la lectura de los informes de Validación y de los Informes EITI de los países implementadores. De este modo, los gobiernos con el fin de cumplir con el Estándar están revisando o aprobando nuevas leyes para cumplir con los Requisitos, así como para reformar el sector y promover la rendición de cuentas, como es el caso de Nigeria. Así, de acuerdo con este enfoque, se observa una tendencia a adoptar leyes que aseguren la divulgación de los contratos acordados entre el gobierno y las empresas, o también normativa cuyo objeto es garantizar la publicación de los beneficiarios reales. Por otro lado, también se ha observado que algunos países, como es el caso de Colombia, han vinculado su ley de transparencia y de acceso a la información con las disposiciones del EITI con el fin de alinearse al Estándar. En este sentido, se ha concluido que estas reformas estarían fortaleciendo la idea de que la RSE está teniendo un importante impacto a nivel jurídico.

En línea con lo anterior, se ha observado que algunos países implementadores, entre ellos, Nigeria y Colombia, se están adhiriendo a la organización *Open Government Partnership*, a través de la cual, de manera paralela, están adoptando más medidas, algunas de las cuales estarían dirigidas a acelerar la implementación del EITI, e incluso a ir más allá de las estipulaciones del Estándar. Esto reforzaría también la idea de que los países están adoptando compromisos más firmes para avanzar en su progreso hacia una mejor transparencia y rendición de cuentas.

Por lo tanto, teniendo en cuenta las implicaciones de la integración de estos instrumentos de *soft law*, aunque no se desprenda una consecuencia directa (esto vendrá determinado en función de cómo el país haya desarrollado la implementación, es decir, si como en el caso de Nigeria se ha desarrollado una ley específica o si por el contrario, como en el caso de Colombia, únicamente se adoptan medidas en el seno del grupo multipartícipe que estarían alineadas con este), el incumplimiento de las obligaciones adoptadas estaría creando un cierto grado de responsabilidad por el cual los gobiernos deberían rendir cuentas (inclusive las empresas).

DECIMOCTAVA.-

No obstante, el análisis de los informes EITI y las Validaciones de los países implementadores, y en particular, el examen del proceso de implementación de Nigeria y Colombia, tal y como se ha adelantado, ha mostrado que no se ha alcanzado un nivel de máxima transparencia y que todavía existen desafíos latentes en ese sentido. Es decir, se ha detectado no sólo una falta de divulgación de toda la información requerida por el EITI (es decir, no se estaría cumpliendo con la totalidad de los Requisitos), sino también que en ocasiones esta información se publica con excesiva dilación, o se dan circunstancias en las que no todas las personas pueden acceder a la información, así como tampoco hacer uso de ella debido a limitaciones como pueden ser, entre otras, el formato del documento, su localización o el idioma. Por ello, si bien el Estándar está teniendo un impacto directo sobre el marco normativo para garantizar el cumplimiento directo con el EITI, también se ha procedido a analizar si existen mecanismos que puedan asegurar a su vez que las personas puedan tener acceso y utilizar la información divulgada con el fin de realmente poder crear un espacio de debate público y establecer un contexto en el que la población pueda solicitar la rendición de cuentas. En base a este planteamiento, y teniendo en cuenta

los objetivos del EITI, juntamente con las dificultades presentadas, y las tendencias normativas de los países implementadores, se ha concluido que la ley de transparencia y acceso a la información sería el instrumento idóneo para asegurar estos desafíos.

Por ello, en primer lugar, se ha planteado la hipótesis de si el EITI, en tanto en la actualidad no lo hace de manera directa, pudiera alentar a los Estados a través de sus disposiciones para que estos incluyan la promoción de este derecho como vector transversal que garantice el cumplimiento de los Requisitos EITI. Así, se ha observado que aunque los principios de este derecho no se encuentran recogidos de manera explícita en el Estándar, su contenido es coherente con ellos, y nada parecería impedir que el EITI pudiera alentar su promoción de manera más directa.

Si bien, este enfoque no puede traducirse automáticamente en una garantía absoluta de eficacia a nivel nacional. Por ello, en primer lugar, se ha considerado la necesidad de hacer un examen en cada caso que analice el estado del ejercicio del derecho de todo ciudadano a solicitar información, así como si la población tiene conocimiento de este derecho. Un estudio que se recomienda podría ser ejecutado por los grupos multiparticipes con el fin de que estos puedan establecer un diagnóstico de situación que les permita presentar sugerencias al gobierno para que este tome las medidas necesarias para garantizar su ejercicio.

DECIMONOVENA.-

El citado estudio de Nigeria y Colombia ha mostrado que, aunque disponen de leyes relativas al derecho de acceso a la información, todavía se encuentran lejos de asegurar que los ciudadanos puedan ejercer este derecho sin limitación alguna, y con todas las garantías, pudiendo esto afectar a que las personas no puedan siempre tener acceso a toda la información requerida por el EITI, y, por lo tanto, que no puedan hacer uso de ella. Esto no quiere decir que estas leyes no sean el mecanismo adecuado, sino que ambos países deberían seguir trabajando más exhaustivamente para garantizar este derecho. Aunque, se ha de matizar que la no disposición de normas que regulen la transparencia y el acceso a la información no significa un incumplimiento del EITI, habida cuenta de que el Estándar, como se ha dicho, no hace ningún tipo de valoración o recomendación sobre qué leyes podrían ser las adecuadas para cumplir con los Requisitos requeridos. En concreto, se ha detectado que hay países que han aprobado este tipo de leyes con posterioridad a la adhesión al EITI, sin

embargo, no se ha podido demostrar un vínculo directo entre el EITI y la adopción de la normativa, pudiendo existir otras variables. Incluso, se ha evidenciado que algunos de los países implementadores no las han adoptado o ni siquiera tienen normativa alguna que regule estos aspectos.

VIGÉSIMA.-

Por lo tanto, si se tienen en cuenta de nuevo las limitaciones o desafíos presentados, sorprende el hecho de que este derecho no se entienda de manera global y transversal en la implementación del EITI. Es por ello, que este trabajo se ha detenido también a analizar cómo las leyes de transparencia y acceso a la información interactúan con las disposiciones del EITI. De este modo, el objetivo del examen de los casos de Nigeria y Colombia ha sido discernir el grado actual de efectividad de estas leyes como mecanismo para garantizar la implementación del EITI.

En este sentido, una primera aproximación ha sido examinar si los sujetos obligados por las correspondientes leyes de transparencia y acceso a la información englobarían la actuación de los principales actores del sector extractivo. En particular, los países objeto de análisis han evidenciado que algunos actores podrían quedar fuera del alcance de esta ley, como es el caso de las empresas privadas en Nigeria. Este hecho es importante, ya que sería altamente necesario que el gobierno adoptara la normativa pertinente que permitiera obligar a las empresas del sector a divulgar cierta información. De lo contrario, el país podría tener dificultades para cumplir con los requerimientos del EITI. Por ello, se destaca que la Ley NEITI de Nigeria haya incluido la obligación a las empresas extractivas de presentar la información que se les requiera.

Asimismo, la exploración de las leyes de transparencia y acceso a la información, ha sugerido, como se ha adelantado, la necesidad de que los grupos multipartícipes lleven a cabo un estudio exhaustivo que analice si; i) su articulado favorece el control de las actividades de los actores sujetos a través de disposiciones que aseguren el registro de información de las actividades llevadas a cabo, y ii) si dispone de disposiciones que aseguren el propio ejercicio del derecho de acceso (procedimientos de solicitud de información, el derecho de impugnar las decisiones de denegación de acceso), o si por el contrario existen disposiciones, ya sea en la propia Ley u otras leyes, que planteen incompatibilidades con la información solicitada en el EITI, en

especial en relación con los contratos, la información tributaria y medioambiental. Sobre este particular, se ha observado que tanto Nigeria como Colombia, han llevado a cabo acciones para adaptar su marco legal en cumplimiento del EITI. No llevar a cabo esta reflexión podría significar la existencia de un marco regulatorio contradictorio con el Estándar.

Por otro lado, también se ha examinado si el marco normativo que regula el sector extractivo favorece y/o gestiona la generación de información, almacenamiento, registro o archivo de la información, o si por el contrario no se incluyen disposiciones de información en estas leyes que fomenten su divulgación, pudiendo también dificultar el cumplimiento de los Requisitos del EITI. De este modo, el estudio del marco normativo que regula la industria de los hidrocarburos, tanto de Nigeria como de Colombia, parece mostrar que existen algunas leyes que contienen aspectos en materia de divulgación de datos e información. No obstante, se percibe que estas disposiciones no promueven activamente la creación de un contenido amplio por parte de los actores principales que operan en el sector. Esto no quiere decir que, estos actores no dispongan de ella, pero sí, que, si no se establece la obligación de disponer de archivos o de gestionar correctamente la información, en el momento que deba ser divulgada, o sea requerida, por algún interesado, el sujeto obligado podría tener dificultades para cumplir. Dicho lo anterior, no se pretende concluir que las disposiciones relativas a la divulgación de información en las leyes que regulan el sector deban substituir a las leyes sobre transparencia y acceso a la información, sino que es básico que estas no sean contradictorias ni limiten este derecho. Por consiguiente, deben complementarse con esta. Por ello, con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información, este marco normativo sectorial podría ahondar más en cuestiones como el correcto mantenimiento del registro de la información requerida a todos los agentes implicados, estudiar la posibilidad de ampliar la información que deba ser divulgada de manera proactiva, el establecimiento de procedimientos simples y directos para que los ciudadanos soliciten información, así como determinar con mayor profundidad los procedimientos relativos a la denegación del acceso a la información.

Si bien, una vez más, no pueden deprenderse conclusiones generales extrapolables al resto de países implementadores, y será necesario llevar a cabo un análisis país por

país, todo lo anterior permite concluir que para cumplir con los Requisitos del EITI, los países implementadores deberían, no sólo asegurar que las personas puedan ejercer sus derecho de acceso a la información, el cual debiera estar en consonancia con las disposiciones del EITI, sino que, además, con carácter previo estos deberían fomentar la creación de un contexto que promulgue la creación y gestión efectiva de ciertos datos e información. Por ello, también se entiende que sería pertinente que los grupos multipartícipes llevaran a cabo un examen en mayor profundidad que detecte posibles incompatibilidades con el EITI.

VIGÉSIMA PRIMERA.-

Finalmente, esta investigación también ha puesto de manifiesto que el propio EITI dispondría de mecanismos para mejorar, avanzar, y así asegurar el cumplimiento de los Requisitos. De este modo, como se ha expuesto, los países se someten al examen público principalmente a través de la publicación de los informes EITI o de los informes de progreso. De ahí, que se entienda que con ello el país estaría abordando su obligación de divulgar la información solicitada y de explicar las decisiones adoptadas, siendo así un primer paso a través del cual rinde cuentas sobre su actuación. Una rendición que, como se ha mostrado, todavía plantea desafíos para los países implementadores. En este sentido, se ha planteado la idea de entender el proceso de Validación como el punto de partida en el camino para garantizar ese cumplimiento, y por consiguiente, asegurar la transparencia y el preciado espacio de debate público. En este sentido, los informes de Validación presentados por el EITI evalúan el progreso del cumplimiento de los Requisitos del EITI, y presentan recomendaciones. Esto permite ayudar a los países a adoptar las medidas necesarias para cumplir con las disposiciones del EITI. El EITI en la siguiente Validación revisará si el país ha tomado en consideración sus comentarios, y determinará cuál ha sido su progreso.

No obstante, se ha planteado la duda de si el alcanzar un progreso significativo pueda llevar a los países a una falta de motivación para seguir avanzando. Por ahora, ningún país de los que han alcanzado un progreso significativo en la Validación global ha sido evaluado en más de tres ocasiones, por lo que, en los años venideros deberá observarse cuál es la reacción de estos países, y si han avanzado y conseguido alcanzar un progreso destacado para cada uno de los Requisitos más allá de lo determinado por el EITI. En este sentido, se ha considerado que el EITI debería llevar a cabo un examen

más rígido sobre si las reformas o las medidas adoptadas están teniendo un impacto real en la consecución de los objetivos establecidos por el grupo multipartícipe, así como los propósitos determinados por el EITI. La idea es no reducir este análisis a un simple ejercicio de comprobación de si el dato o no se ha divulgado.

Por otro lado, se ha puesto de manifiesto, como sucede con las iniciativas voluntarias, la existencia de una cierta debilidad en relación con el establecimiento de sanciones en caso de incumplimiento. De este modo, el EITI no impone sanciones directas, sin embargo, utiliza mecanismos como la exposición pública a través, por ejemplo, de la suspensión o la exclusión del país del EITI. Debido a lo anterior, se percibe que esta iniciativa, no es coherente, o es una variante blanda, del concepto de rendición de cuentas en su capacidad de establecer sanciones por la vulneración de las obligaciones adquiridas por los países. En todo caso, el EITI aporta una serie de recomendaciones y/u obligaciones, cuyo impacto positivo dependerá en gran medida de la actuación del gobierno, así como del resto de actores que participan en su implementación, no pudiéndose así atribuir toda carencia o falta de efectividad al propio EITI.

VIGÉSIMA SEGUNDA.-

La digitalización en la sociedad es incuestionable, y en este contexto el movimiento de datos abiertos, en especial con relación a la información pública, se convierte en una fuerza cada vez más creciente. Desde su lanzamiento, el EITI como se ha probado, ha ido evolucionando en el tiempo adaptándose a las nuevas tendencias e integrando a su vez mecanismos para ayudar a los países a alcanzar el mayor éxito en su implementación y conseguir los objetivos que el país se establece. Por ello, la adopción de la Política de Datos Abiertos del EITI en 2015, se ha entendido como un progreso significativo para ayudar a garantizar una transparencia óptima y asegurar además que cualquier dato esté disponible en una forma que permita la manipulación directa. En definitiva, como un paso más para garantizar el acceso y uso de la información pública. De este modo, se ha observado que los Estados empezaron a adoptar sus propias políticas, especialmente en los años inmediatamente posteriores al lanzamiento de esta política por parte del EITI. Sin embargo, en la actualidad este proceso se ha paralizado y no todos los países disponen de ella (como es el caso de Colombia, a diferencia de Nigeria que adoptó su política en 2016). Los motivos,

pueden ser diversos, falta de voluntad, falta de capacidad, o incluso porque consideran que la propia normativa nacional ya aborda estos temas. En cualquier caso, lo anterior, pondría de manifiesto que el EITI está avanzado en promover la mejora del acceso a la información gracias a las continuas revisiones del Estándar, si bien, una vez más, en tanto los países son los sujetos directamente obligados, estos deberán esforzarse por dar respuesta a estas necesidades.

VIGÉSIMA TERCERA.-

En base a lo anterior, se ha hecho un primer análisis general con el fin de conocer cómo los países implementadores están presentando los datos y si cumplen con unos mínimos criterios. Para ello, se han tenido en cuenta aquellos establecidos por la organización *Sunlight Foundation*, la cual establece que los datos presentados deben ser completos, provenir de fuentes primarias, oportunos, accesibles de manera física y electrónica, procesables electrónicamente, no discriminatorios, deben ser difundidos de conformidad con estándares abiertos, no deben requerir licencia para su acceso o uso, y deben ser permanentes y sin coste.

La amplia lectura de los informes EITI de los países implementadores ha evidenciado que en la actualidad ninguno de los países, aun disponiendo de políticas de datos abiertos, como es el caso de Nigeria, estaría garantizando el acceso a los datos abiertos de conformidad con estos principios. En realidad, el propio EITI ha reconocido que es consciente que la adopción de este nuevo enfoque no se llevará a cabo de manera uniforme en los países. De este modo, se ha mostrado especialmente que la gran mayoría de datos todavía se presentan, por ejemplo, en documentos PDF, o de manera exclusiva en plataformas que requieren disponer de un software específico, complicando así el acceso y también la posibilidad de hacer referencias cruzadas y comparaciones. Asimismo, se ha detectado una falta general de acceso físico a la información, como también una cierta tendencia a presentar datos que no se corresponden con el último ejercicio, sino de años anteriores, lo que puede tener un impacto negativo sobre su oportunidad, e incluso una falta de permanencia, ya que estos en ocasiones dejan de estar ubicados en la Red. En consecuencia, esta apreciación asienta las bases para un futuro análisis que examine si en los próximos años los países adoptan más medidas que aseguren la publicación de los datos abiertos y cuál es su impacto en su utilización por parte de la población (con independencia de

que no se disponga de normativa al respecto concreta, como por ejemplo, Colombia, que integra el concepto de datos abiertos en sus leyes, pero en cambio no integra en la actualidad las características requeridas para este tipo de datos).

Además de todo lo anterior, los informes también han realzado la existencia de otros factores que podrían socavar la efectividad del uso de estos datos por parte de algunas personas o colectivos, y, por consiguiente, minar la rendición de cuentas como por ejemplo, la necesidad de tener un alto nivel de competencia para poder entender la información, o la existencia de una cierta asimetría entre la divulgación requerida, y la información que podría ser relevante para las comunidades afectadas.

VIGÉSIMA CUARTA.-

Finalmente, se ha destacado los planes de trabajo de los grupos mutipartícipes como el eje principal para garantizar la implantación del EITI. De este modo, cada país, según su propio contexto y necesidades, diseña las medidas que debe adoptar para cumplir con los objetivos establecidos, y para afrontar los retos del sector extractivo, y en definitiva cumplir con los Requisitos del EITI. Teniendo en cuenta que este trabajo ha planteado la ley de transparencia y acceso a la información como el instrumento óptimo para asegurar la divulgación de la información requerida y el uso de la misma por parte de cualquier persona, este trabajo ha examinado si, a través de los casos de Nigeria y Colombia, se concibe el derecho de acceso a la información como un elemento esencial en la implementación del EITI a través de los Planes de trabajo.

El grupo multipartícipe de Nigeria no ha integrado de manera específica este derecho, pero sí que se ha centrado en adoptar medidas para mejorar la transparencia del sector extractivo, así como en garantizar el uso de los datos sobre los ingresos extractivos a través del empoderamiento de ciertos actores, como la sociedad civil o los medios de comunicación, entre otros. Teniendo en cuenta el contexto de Nigeria, y de cómo las actividades extractivas afectan a ciertas poblaciones, una vez más ha surgido la duda de si esta información realmente llega a estas comunidades, y en todo caso si la información es presentada de forma entendible y cubre sus intereses.

Sin embargo, aunque fuera del espacio del propio EITI, el país a través de su adhesión al *Open Government Partnership*, ha mostrado su compromiso de mejorar el cumplimiento de las instituciones públicas con la Ley de Libertad de Información.

Un aspecto que, en todo caso, debe celebrarse ya que esta acción estaría contribuyendo a que el país tome las medidas oportunas para garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la información de los ciudadanos. Por ello, se ha considerado conveniente que el NEITI, para asegurar el acceso a dicha información en caso de observar cualquier limitación en la divulgación, fomentara a los grupos multipartícipes a incluir estos compromisos dentro de sus Planes Nacionales.

Por su parte, el grupo multipartícipe de Colombia, a través de cada uno de los planes desarrollados muestra una gran ambición para mejorar la gestión, el acceso de la información, el establecimiento de condiciones para el diálogo y el desarrollo de capacidades, así como el fortalecimiento institucional de la industria extractiva. Un enfoque que el país además ha trabajado de forma paralela también con la *Open Government Partnership*. Aunque tampoco en este caso, el grupo integra la correspondiente Ley de transparencia y acceso a la información, y por consiguiente también surgen dudas sobre si las comunidades y la población indígena pueden disponer y hacer uso de la información que les es de interés. No obstante, ha de tenerse en cuenta, que a diferencia de Nigeria, el EITI Colombia sí que ha incluido la Ley de transparencia y acceso a la información como aquella normativa que debe tenerse en cuenta en el marco que regula el sector extractivo.

En definitiva, todo ello indica que efectivamente ambos países estarían trabajando para mejorar su desempeño en base a los Requisitos EITI, y en consecuencia se entiende podrían mejorar la transparencia del sector. Si bien, si se tienen en cuenta los desafíos y dificultades que se han planteado a lo largo del último capítulo, como se ha afirmado anteriormente, la adopción de medidas que garanticen el derecho de acceso a la información de manera transversal deviene un vector cardinal para asegurar el cumplimiento. Debe tenerse en cuenta que de nada servirá la mejora de las capacidades para entender la información si pueden darse casos en los que en primera instancia no se tenga acceso a esa información. Por ello, esta investigación ha puesto de manifiesto la necesidad de que los grupos incluyan en los planes de trabajo acciones dirigidas a sensibilizar al propio gobierno para que garantice el efectivo ejercicio de este derecho. Un trabajo que podría realizarse juntamente con la citada organización *Open Government Partnership*.

CONCLUSIONS

The starting point for this work has been the existing problems at the international level in regulating the social, cultural, environmental, and economic impact (and especially the consequences of their activity on human rights) of MNCs. For this reason, and with the intention of responding to the challenges imposed by the dynamics of globalisation, it has been considered necessary to address the issue from the perspective of the current tendency of MNCs to self-regulate through the development of voluntary initiatives aimed at promoting CSR. All of this, within a broader framework of scientific debate, such as Public International Law and International Human Rights Law. Therefore, while noting that the control of MNCs requires the adoption of regulation at the international level, it is argued that the synergies between the law and voluntary initiatives can, at present, allow strengthening the control of these entities, while producing positive changes in the daily management of their activities.

Thus, this research has aimed to show that CSR instruments are transforming regulatory frameworks and are increasingly creating legal effects, leading to changes in the very nature of CSR. In this way, various voluntary initiatives have been analyzed with the aim of examining whether these instruments are managing the main risks that this sector raises, and how these are impacting national regulations. In addition, through the EITI, it has been attempted to study whether its provisions have any impact on human rights, on the right to participation and the right of access to information. Finally, in this regard, it has been analyzed whether there are national mechanisms, or those developed by the EITI itself, that ensure compliance with the Standard. With this goal, two implementing countries, Nigeria and Colombia, have been analyzed. Through them, we have studied the implementation process, the measures adopted, the adaptation to the EITI Requirements, as well as, from our point of view, the relevant measures that may ensure transparency, and therefore, accountability.

Considering the reflections made throughout this research, the following conclusions are presented:

FIRST.-

To address this research, a first step was to delimit the object of study. In this sense, due to their important role in the context of globalisation, it was considered to establish MNCs at the centre of this study. Thus, the characterisation of MNCs as mercantile companies, profit-seeking, incorporated under a national legal system, which carry out their economic activities in different countries, while maintaining the principle of unity of corporate management, showed, at first, that they operate in a more complex legal context when it comes to establishing responsibilities in comparison with other companies. However, the overall development of this study has led to the understanding that it is necessary, especially in relation to respect for human rights in the extractive sector, to also pay special attention to other companies such as medium or small companies, as well as public companies, since their activities can also have negative impacts on human rights.

With this in mind, we have proceeded to examine their role as global actors, and the state of the question in relation to their legal personality in international law. Aspects that have been considered pertinent to review, given that even after years of debate and extensive literature, they continue to be a source of controversy.

In this sense, as is well known, different authors have argued that the new international configuration due to globalisation has provoked the displacement and a profound crisis in the sovereignty of states, in part generated by the conviction of the existence of other sources of power and regulation capable of directing global processes, such as the MNCs. However, it has been widely argued that although these entities have shown to have a wide facto power and a great capacity to influence normative production, both at a state and international level, and that their activities have important positive and negative political, economic, social and environmental impacts, the alleged withdrawal of the state remains a myth, and that states continue to concentrate strong authority over the use of force, the capacity to enforce relevant legislation and control of the economy. These aspects are particularly relevant in the hydrocarbon sector, due to the important role that this industry plays in relations with states. However, the influence of MNCs in the global context and their impact, whether social, environmental, or economic, cannot be ignored, and they cannot be left out of their social and environmental responsibilities. To what extent and how

their involvement and responsibility should be characterised is a different matter. That said, it has been understood that precisely the monopoly of legislation/coercion and the principle of sovereignty over natural resources are two fundamental aspects of the state's power to intervene that will play an important role in the development of some initiatives, such as the EITI.

In spite of the above, the existence of intense debates on their international subjectivity on the international agenda continues to be a cause of concern, bearing in mind that companies have progressively acquired a series of rights that they can assert before international bodies (active subjectivity), and that, on the other hand, they have not progressed in parallel in the acquisition of obligations that allow them to be held responsible for their violation at the international level. international (passive subjectivity). Therefore, it is clear that the current international system for the protection of human rights is still incomplete, not unified and without a concrete set of rules to regulate the behaviour of companies.

However, and although they are entities regulated by domestic law, this study has understood, as other authors have affirmed, that there are no insurmountable obstacles to their recognition as a new subject with an international legal personality different from that of the state that allows for the establishment of responsibilities under International Law.

SECOND.-

Thus, this inadequacy of international law and society's progressive demand for companies to assume greater responsibility for the impacts generated by their activities has resulted in the CSR debate gaining ground in recent decades.

The concept of CSR has also been widely debated, both at an academic level and within the company itself (H. R Bowen, F. A. Hayek and M. Friedman, among others), without having reached a global consensus on its meaning. This has generated a disparity of definitions and theories over the years. Thus, we faced with a flexible term that has been evolving over the last few decades, due to changes in society itself, as well as to different political, ideological, or psychological beliefs. Companies have also begun to define their own concept and to adopt social responsibility policies that go beyond philanthropy, whether for ethical reasons, as a differentiating vector for

innovation and competitiveness or, from a commercial point of view, to avoid reputational risks. This reality has been motivated to some extent by the fact that each sector is different, each company operates in different contexts, and consequently its relationship and impact on society is unequal.

Therefore, the first step in this research has been to delimit the basic sense in which this term is intended to be used. This examination has been carried out based on the structural elements and principles of CSR.

Thus, CSR has been considered as that set of obligations voluntarily assumed by companies that are non-legally binding and not legally claimable. However, it has been shown that this does not mean that CSR cannot give rise to accessory legal duties for the protection of certain legally relevant assets or interests. It has even become evident that a binding regulatory framework is gradually developing, which is establishing minimum standards aimed at guaranteeing equitable CSR guidelines. These are duties assumed with the purpose of doing good and holding companies accountable for their actions. For this reason, and considering the transnational nature of globalisation, it has been considered vital that the construction of a global ethos should be framed and have coherence with the different universal milestones established in international standards. However, it was also considered that CSR should not be understood as a substitute instrument for the obligations of public authorities to legislate on social and labour or environmental rights, but rather as a complement that could make up for existing deficiencies in national regulations. Finally, it has been understood that its adoption entails the idea of responsibility for the obligations adopted, and that therefore companies must be accountable to society for all their actions and decisions, as well as establishing appropriate mechanisms to monitor compliance with the established rules.

THIRD.-

An important milestone in the debate on business and human rights was the presentation, by Professor John Ruggie, of the conceptual framework: "Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights", which operability was given through a series of recommendations set out in the Guiding Principles on Business and Human Rights. This has become the overarching

conceptual framework supported by the UN as a guide for states, companies, and NGOs in this area.

The study of the different reports has shown that this framework was not conceived with the idea of creating new legally enforceable duties for companies, but rather to clarify how to satisfy a global ethical duty to respect the basic elements of human rights enshrined in at the international level. Ultimately, it has been confirmed that J. Ruggie established this set of responsibilities as ethical obligations or duties that are complementary or supplementary to, and not substitutes for, legal duties (as the assumed CSR concept itself perceives the assumption of duties). A framework, which this research has concluded should be configured as the general framework that defines the role of each actor (company-state) and which, in any case, would open the door for current soft law mechanisms, such as the EITI, to develop specific obligations based on it.

In accordance with the above, it can be concluded that it is precisely this ethical duty not to cause harm to the basic human rights of others that should be conceived as a foundation for CSR. An obligation that is materialised, according to the Guiding Principles, through the establishment of a number of subsidiary ethical duties, namely political commitment, the development of a human rights' due diligence process and the establishment of remedies to redress negative consequences on human rights. Precisely through this configuration, it has been claimed that J. Ruggie would have been inspired by and would have transferred to the Guiding Principles, mechanisms already widely used by companies in technical models such as the Enterprise Risk Management System, the Quality Management System, or the Environmental Management System defined by the International Organisation for Standardisation. Hence, it has been observed that the Guiding Principles reflect precisely the same conception in relation to the idea of making commitments and the importance of risk identification. In other words, J. Ruggie would have transferred the structure of these international standards to a quality standard for human rights management.

Finally, it is also concluded that the duty of companies to remedy the harm caused to human rights through the creation of non-judicial mechanisms specific to companies could be included within the concept of CSR, since we are talking about the adoption of their own systems to offer an effective remedy beyond, and prior to,

state remedies. It is precisely in this area that CSR initiatives developed by companies could be included, by virtue of Operational Principle 30.

FOURTH.-

For many years, the concept of CSR has not received much attention from legal science, unlike other branches such as economics, which has developed extensive studies. The voluntarist component, from a classical perspective of Law, seems to have led to placing it outside the legal system. Instead, it must be understood that responsibility is precisely determined by the existence of freedom and voluntariness. Therefore, as a social phenomenon, which can also take the form of concrete actions with an impact on third parties, its link with the legal dimension is unavoidable. In other words, it has been shown that this particularity is becoming blurred, i.e., there has been evidence of an increase of the subsidiary legal effects arising from CSR policies adopted by companies, as well as an increase of the tendency to positivise CSR in regulatory frameworks. A trend that has been found to be manifesting itself at regional, national, and international level. In particular, the following 5 areas have been identified:

(i) Public procurement and subsidies:

CSR actions have been used by MNCs in recent decades and are increasingly being adopted by small and medium-sized enterprises as well. On the other hand, it could be said that the public administration is starting to incorporate it later, especially since the European Commission began to promote the integration of national CSR policies in harmony with EU policies, international standards and codes.

Consequently, CSR started to enter in the political agenda of many European governments, responding to society's expectations regarding the role that companies have in relation to economic aspects but also at a social and environmental level. In this sense, it has become evident that administrations are showing their role as promoters of CSR through measures such as the inclusion of social and environmental clauses in public procurement. By way of example, it has been shown how Spain, in accordance with EU legislation on public procurement, integrated these aspects into the Public Sector Contracts Law. This example has also been followed by some autonomous communities such as Catalonia, Valencia, Castilla-La Mancha, etc.

On the other hand, this trend has also been highlighted in the regulations concerning the award of government subsidies through the inclusion of social and environmental clauses, for example, in relation to the eligibility conditions or the criteria for the execution of the obligation.

(ii) Regulatory impetus for human rights due diligence.

The Guiding Principles introduced the need for companies to operate with due diligence to ensure that their operations do not cause or contribute to adverse human rights impacts. A mechanism that has been claimed to be characteristic of CSR mechanisms. This trend, as various studies have shown, could be justified by the lack of adoption, even today, by companies of effective systems aimed at avoiding or minimising adverse human rights impacts. This fact, therefore, may have accelerated the need to push for the adoption of such standards. Although this commitment has already been adopted by the European Commission itself, some EU countries have already started to adopt laws on human rights due diligence or have adopted provisions aimed at extending the responsibility of legal persons.

iii) Protection of the rights and interests of consumers, investors, shareholders, and others against unfair practices.

Marketing actions known as greenwashing have come under the spotlight. In 2005, to prevent these unfair practices, which affect, buyers and competitors, it was adopted the Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council. This legislation places emphasis on highlighting conduct that involves non-compliance with the commitments set out in companies' codes of conduct or deception about their participation in social or environmental programmes. This has opened the door for consumers and competitors to sue for breach of contract or breach of commitments.

iv) Disclosure of non-financial information by companies.

One of the cardinal issues for CSR is transparency. The last decade has seen a proliferation of standards for the disclosure of non-financial information. In this respect, it has been observed that many companies have already been reporting on social and environmental issues for years. Following this trend, at the European level, Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 was finally approved. In the case of Spain, this has been transposed through the

Law 11/2018. Although this is a very important step forward, the analysis of the latter has shown a certain lack of political will on the part of the Spanish State to specify and develop the content of the Directive. This fact shows that the aforementioned Law has not taken the opportunity to establish specific information mechanisms to help companies understand what precise information they must disclose, which could lead to a lack of consistency and comparative homogeneity of the reports, as well as a lack of rigour in the process of verifying them.

On the other hand, it has also been noted that it is difficult for companies to disclose information on human rights management. This fact has shown that companies do not yet understand the scope of human rights or the impact that their activity has on them. Hence, the need for this regulation to make special reference to the UN Guiding Principles Reporting Framework as a guide to identify possible gaps in their performance. Therefore, it has been understood that Directive 2014/95/EU could have been a first step to show the need for companies to take measures in this regard and establish human rights in their daily management.

(v) Inclusion of social and environmental clauses in bilateral investment treaties.

Finally, the legal positivisation of CSR in the field of international economic law, in particular in international investment treaties, has been discussed. In this sense, the European Union, in its resolution on Corporate Social Responsibility and international trade agreements, asked the Commission to integrate CSR into the GSP and GSP+ generalised system of preferences, as well as the integration of CSR clauses in all European Union trade agreements. A trend that has also been observed in other countries through the analysis of international treaties on the subject. In this way, these clauses are making possible to strengthen the position of the state vis-à-vis companies by offering another element of judgement that can ensure or improve the protection of the general interest on social and environmental issues.

FIFTH.-

The hydrocarbon sector, especially oil, continues to be a strategic sector for development and an integral vector of the policy and economy of countries. It is an activity which, as we have seen, presents high levels of social and environmental risks. Thus, the study of the structure of oil and gas through the value chain has shown that

human rights can be violated, either directly or indirectly, throughout all phases of the life of an extractive project.

Three main groups of risks have been identified i) human rights vis-à-vis security forces and the intensification of armed conflicts; ii) the environmental impact of the hydrocarbon sector with special attention to the rights of the indigenous peoples; and iii) the impact of corruption on human rights.

The lack of regulation of MNCs at the international level and the poor governance, that characterizes the sector, have been fundamental factors for the international community to focus on this industry and promote the development of guidelines of conduct aimed at fostering good practices to improve its relationship with society and the environment. Through the sustainability reports of some of the main companies in the sector, the initiatives with the greatest support have been identified: i) the Task Force on Climate-related Financial Disclosures; ii) the Carbon Disclosure Project; iii) the Zero Routine Flaring; iv) the International Finance Corporation Performance Standards; v) the OECD Guidelines for Multinational Enterprises; vi) the Sustainable Development Goals (SDGs); vii) the Voluntary Principles on Security and Human Rights; (viii) the UN Global Compact; (ix) the Guiding Principles on Business and Human Rights and the Oil and Gas Guidance for Implementing the Guiding Principles; and x) the EITI. Through the assessment of the objectives and content of these adopted instruments, it has been found that these initiatives would be addressing some of the risks identified for this sector.

Thus, considering the main risks detected, it can be said that, firstly, disclosure tools, in particular the Task Force on Climate-related Financial Disclosures and the Carbon Disclosure Project, can help companies to identify both the environmental risks and opportunities of their business activity, as well as to understand the performance of competitors. That said, disclosure can also help companies to monitor and evaluate their environmental performance and provide the basis for taking appropriate measures to minimise their environmental impact (for example adopting ISO 140001 certification, developing training and awareness-raising for company employees, adopting guidelines for reducing energy consumption, etc.).

On the other hand, the implementation of the Zero Routine Flaring initiative, which aims to eliminate the oil industry's existing practice of routinely flaring gas at production sites, will have a direct impact on environment-related risks. Thus, the close relationship between the environment and human rights provides important support for the assertion that if companies take appropriate action by virtue of adopting this initiative, they will indirectly have a positive impact on rights such as the right to health, the right to life, among others.

Secondly, the Guiding Principles on Business and Human Rights and the Oil and Gas Guidance for the Implementation of the Guiding Principles detail the role and responsibility of business regarding human rights, while the OECD Guidelines for Multinational Enterprises set out a series of recommendations and voluntary standards for responsible business conduct, including on issues relating not only to human rights but also to the environment and corruption. Therefore, they are instruments that establish guidelines for conduct or behaviour, and although they are not legally binding rules, they should be understood as a guide to develop their own instruments that consider their main risks.

On the other hand, the Global Compact refers to general commitments in the areas of human rights, labour, environment, and anti-corruption. Although these are very broad commitments, the main idea to be emphasised here is that companies are making a public commitment to behave in a certain way, and therefore they are defining their conduct (which could lead to legal consequences).

Thirdly, the SDGs are an interesting tool in the attempt for companies, and in our case companies in the extractive sector, to contribute to sustainable development through their operations and to minimise their negative impacts. To this end, the need for companies to carry out an exercise to prioritise the SDGs on which they have the greatest capacity for impact and to define their objectives, targets and monitoring indicators has been discussed. Thus, the characteristics of the extractive sector have led us to indicate some of the most relevant SDGs, including SDG 1, as this industry can adopt measures that contribute to securing land and resource rights, or SDG 13 through the adoption of measures to mitigate action against climate change. A contribution that will be further strengthened not only by the adoption of the company's own measures but also by the implementation of any other initiative or

standard, such as the EITI, the Zero Routine Flaring, or the International Finance Corporation Performance Standards, among others. An exercise that, due to the close relationship between the SDGs and human rights, will have a positive impact on the exercise of the latter.

Fourthly, the analysis of the International Finance Corporation Performance Standards allows us to affirm that although we are not dealing with legally binding rules of international law in this case either, this standard could represent a step towards improving the sustainability of companies by making the financing of activities subject to positive results in relation to aspects such as the efficient use of resources, the health and safety of the community, the conservation of biodiversity, the rights of indigenous peoples or the protection of cultural heritage, among others.

Finally, the Voluntary Principles have been highlighted as one of the main initiatives that, together with the EITI, is regulating the extractive industry operations. In this way, it focuses on another of the sector's most significant risks, human rights violations in conflict settings. To this end, it establishes behavioural guidelines to prevent the violation of human rights and the generation of conflicts. From a human rights perspective, it is also interesting that it refers to international human rights standards and follows the guidelines of the Guiding Principles. However, it has become clear that even though companies in the sector often operate in high-risk environments where abuses are often very high, this initiative still currently has a low level of adherence. However, the sustainability reports of these companies are showing that they are making commitments to comply with these guidelines.

In view of the above, this research considers that the initiatives that companies in the extractive sector are taking into consideration the main challenges that the extractive industry presents. Therefore, this would allow us to affirm that companies are equipping themselves with instruments that can help them to minimise or eliminate their negative impacts on the environment and on people's rights. In this sense, it is understood that it would be highly recommended that some of these instruments will adopt a human rights approach, and place people at the center of its decisions.

On the other hand, it should be noted that this work has not been able to assess or examine the degree of actual effectiveness regarding the elimination or reduction of these risks once the company has adopted, implemented, or adhered to these initiatives. This could be the basis for further research.

SIXTH.-

Reports published by various international organisations began to highlight the lack of transparency as one of the main problems of the extractive sector. Thus, transparency began to be considered as one of the fundamental vectors to help improve the governance of the industry's activities and fight against public corruption. It is in this context that the idea of developing an instrument to guide states, but also companies, to create a specific transparency framework, was born, the EITI. An instrument whose main objective is to become a global standard for good governance of oil, gas and mining resources that ensures transparency and accountability regarding the way in which the natural resources of a country are governed. However, it has been observed that this trend has also been adopted in other sub-sectors such as forestry, diamond mining, etc. In any case, given this diversity of instruments, this research has focused its study on the EITI, given that as a voluntary, non-binding multistakeholder initiative, it is the instrument with the greatest international backing, and whose governance structure and provisions are most demanding in terms of promoting transparency.

This initiative, as has been observed, is having an impact on the evolution of the regulatory framework in the implementing countries, but it cannot be said to have reached the status of positive law in a direct way. Therefore, first, we have proceeded to determine its degree of legitimacy from the perspective of the participatory quality of the process (input legitimacy). In relation to legitimacy from the point of view of efficiency (output legitimacy), an exhaustive examination of the EITI has shown that it is very difficult to assess the achievement of the specific objectives that motivated its creation, since the EITI would have many levels of evaluation of its effectiveness: some in terms of results and others in terms of behaviour. In relation to the former, it has been observed that the Standard has not set specific objectives and therefore it is not possible to determine the overall performance of countries according to predetermined indicators. In addition, the characteristics of each country mean that

the presentation of global conclusions may not give an accurate picture of the effectiveness of the EITI. However, an assessment of state performance may be easier to determine, as this research has sought to do through the case studies of Nigeria and Colombia. This, as will be seen, has made it possible to study the commitments made to the initiative, although it has not been able to demonstrate with any certainty whether implementation has begun to improve natural resource governance in these two countries. This could form the basis for a future study.

Thus, a first analysis has concentrated on the first approach (input legitimacy), concluding that even though it is an initiative that is not exempt from detractors, it could be argued that the EITI enjoys a broad global legitimacy. Thus, its origin is already marked by the participation of various actors. The demands of various organisations regarding the challenges presented by the sector and its negative impacts were the foundation that crystallised in Tony Blair's proposal on the need to create a transparency framework for the extractive industry. This idea materialised in a series of meetings between civil society, companies, and government representatives, which led to the first EITI Conference in London (June 2003). This showed a willingness to develop an initiative to involve all these stakeholders in the process of developing the Standard. However, it has become clear that there are criticisms from civil society that the EITI is delegitimised because of the lack of participation of affected communities. This, it is understood, could be addressed through the work of national multi-stakeholder groups (which must be constituted under Requirement 1.4 of the EITI Standard). Nevertheless, this approach should be analysed on a country-by-country basis to see if, indeed, they are included or truly represented. In the same vein, the governance system itself would reinforce this legitimacy, as it is also based on the same tripartite structure.

On the other hand, as a voluntary initiative, its members have full power to consider joining or leaving the initiative, and there are even processes in place to lodge certain complaints about a country's framework, content or the implementation process. Thus, in accordance with Operational Principle 30 of the Guiding Principles, which establishes the need for effective complaint mechanisms, it has been determined that there are spaces and procedures that would allow affirming the presence of these mechanisms, such as the Rapid Response Committee or the various channels offered

to submit concerns and comments on various issues. However, a future study should assess the degree of effectiveness of these mechanisms.

Finally, it has been shown that the EITI is widely accepted and supported by states, companies, and even civil society. Regarding the number of adhering countries, it has been shown that the number of implementing countries is gradually increasing, with the participation of African countries standing out. However, the absence of important oil producers such as Saudi Arabia, Canada, Russia, China, the United Arab Emirates, Iran, Kuwait, Venezuela, and Algeria has also been noted. This would indicate the need to adopt measures and/or promote actions so that these countries adopt the commitment to join. Moreover, unlike other initiatives, it has strong political backing at the international level (the UN General Assembly, the G8, the G20, the European Commission, the African Union). However, it has been noted that it would be desirable that the current number of member companies, given the overall percentage of existing extractive companies, would increase in the coming years. However, the number of civil society organisations is much higher, showing society's great concern about the issues and impacts of extractive activities.

SEVENTH.-

The EITI was not intended to be conceived as an instrument of human rights and social standards, although by virtue of the EITI's approach that the correct management of resources can contribute to sustainable development, and to the reduction of poverty, it has been argued that this could have an indirect impact on economic, social and cultural rights, and that the Standard could also have a direct impact on rights such as the right to participation or on the exercise of the right of access to information. This view would follow from the EITI Principles themselves, by recognising the value of natural resources for sustainable development and the fight against poverty, by encouraging transparency as a mechanism to promote public debate and enhance social development, by highlighting the need for accountability mechanisms, as well as by emphasizing the principle of non-discrimination and the acceptance of participation in the implementation of the principles. Furthermore, the implementation process, through Requirement 1, also marks this idea through the "obligation" of countries to ensure a meaningful, free and unhindered participation of

companies operating on their territory (Requirement 1.2) as well as civil society (Requirement 1.3).

EIGHTH.-

Since its inception, the EITI has evolved from a set of disclosure requirements to a standard that it may be established as a framework to be followed for the adoption of transparency laws in this or other sectors. A thorough analysis of the EITI has exposed the basic characteristics of its nature, namely its hybrid character, its adaptability and its inclusiveness (due to the tripartite participation of different actors discussed above).

Firstly, it has been noted that it is a voluntary initiative, but at the same time has elements of legal enforceability, making it a *rara avis* CSR standard. On the one hand, it has been argued that the EITI is analytically a form of non-legal transnational regulation that should be understood as a soft law standard, given that governments accept its application and have participated in its elaboration. However, this does not imply its direct enforceability in law, but rather that it is the EITI itself that establishes the consequences of non-compliance with its requirements. However, it has been noted that this may change if the State adopts legislation for the specific implementation of the EITI. The nature of such a domestic obligation will therefore be subject to the domestic implementation mechanisms chosen by each government.

It has also been concluded that the non-legally binding nature of the standard at the international level should not be understood as a barrier to its effectiveness, but rather that the binding developments that would result from its hybrid nature could offer an optimal degree of compliance. Thus, it has been concluded that the EITI appears to be contributing to a form of transnational subjectivity of MNCs, whereby they would be obliged to disclose data on the payments made, thus establishing a context in which they would be held accountable for their actions. However, the EITI study would have shown that, as a global instrument with national/local implementation, challenges may arise in enforcing its requirements at this level. Also, the context of each country, its overall system of governance as well as the quality of its democratic state will play a major role in whether implementation will be successful.

On the other hand, it has been argued that the EITI may be understood as a CSR Code, even though the states are the actors that adhere to the initiative. The role of companies and their relationship with the standard has shown that it can be categorised as such. For example, their part in its development, as well as their direct participation in the processes and bodies of creation, implementation, follow-up, and monitoring of the standard, are proof of this. Furthermore, it has been observed that, although there is still a long way to go, some companies are already giving their support on a voluntary basis. Thus, all this makes it possible to conclude that the initiative can also be understood as a CSR tool for companies.

Finally, it has been shown that the EITI has a rolling character. It is not a static instrument, as it has been observed that since its creation it has been modified in order to face the challenges that have arisen with respect to its structure, as well as to ensure the needs and interests of the parties involved or to adopt new trends in sustainability. These modifications have been adopted through the Global Conferences (the EITI's plenary deliberative body), thus showing a clear predisposition to reach consensus.

NINTH.-

As stated above, the EITI has been, and continues to be, shaped through the Global Conferences, and face the societal demands. In this way, the Standard adapts to the challenges that arise between Conferences. However, it has become evident that there is still a certain degree of confusing systematisation that makes it difficult for the reader to understand the text and its structure. A thorough revision of the standard is therefore necessary and advisable to improve and systematise it. The very reading of Standard 2019 continues to highlight the confusion or lack of clarity of its content. Proof of this is the vagueness and lack of clarity that emerges from the Articles of Association in relation to its functioning and the nature of its organizational structure.

TENTH.-

Based on the idea that the EITI can be established as a platform for promoting respect for human rights within the EITI framework, the approach followed throughout this paper has been shaped by the recognition that the EITI is a Standard that aims to integrate some of the characteristics of the concept of governance, namely participation, consistency with the rule of law, transparency, responsiveness,

consensus orientation, equity and inclusion, effectiveness and efficiency, and accountability. Thus, a global analysis of the EITI has been carried out, as well as a comparative analysis of the EITI implementation process in Nigeria and Colombia. The main objective has been to look at the commitments adopted by these two countries and to analyse how these are translated into practice at the national level. This examination, as will be seen below, has led us to identify the need for a new approach to improving transparency and accountability, namely the promotion of the right of access to information as an essential mechanism to ensure compliance with the provisions of the Standard. However, as we have already noted, it has not been possible to draw global conclusions applicable to all countries in terms of effectiveness.

ELEVENTH.-

Thus, firstly, we have looked at the participation aspects of the EITI. The right to participation is widely recognised at the international level, and is configured, together with the right of access to information, as an essential part of citizens' empowerment to guide the decisions that affect their lives, and in this case, as a necessary aspect to demand accountability in relation to issues related to the extractive sector.

This research has also examined whether the EITI provisions ensure direct and effective stakeholder participation. Thus, the right of participation within the EITI has been conceived from a twofold perspective. On the one hand, in relation to the process of setting up the initiative itself, as indicated above, and on the other hand, in relation to the participation of companies and civil society organisations in the process of implementing and monitoring the EITI in the implementing countries. Thus, the 2019 Standard, through Requirement 1, promotes and seeks to ensure the free participation of companies, and especially civil society, due to the challenges that this second group may present when participating in its implementation. To this end, the Standard itself has developed tools aimed at ensuring their participation, for example, the Protocol on Civil Society Participation. It should also be noted that the EITI, in accordance with the aforementioned Requirement 1, establishes the need that the participation of the civil society must be verified from the outset of the state's declaration to be an "implementing country", as well as during implementation and national monitoring of compliance with the scheme through the "multistakeholder group". That is, during the

application process, in the process of creating and validating the reports, but also through the articulated follow-up, monitoring and complaint mechanisms. However, it has been shown that monitoring is not continuous over time. However, an ad hoc evaluation can be carried out if there is evidence that civil society participation is not being ensured.

Based on this Protocol, the EITI is required to examine the degree of expression of civil society representatives as well as their degree of operationalisation, association, participation, and access to public decision-making (for example "meaningful" participation, in "freedom" and without hindrance). Through this review, the EITI aims to determine whether a country can achieve implementing country status, or even if it has achieved the implementing country status, it could be temporarily suspended it until it makes significant progress on this Requirement or changes its status. In this context, the Rapid Response Committee becomes an important body to monitor those countries ensure civil society's full right of participation and its civil and political rights in general. Furthermore, a comparison with the Aarhus Convention has shown that the EITI mechanism sets criteria that would allow for more open public participation, given that any civil association that expresses its interest and motivation is allowed to take part. Although it has become clear that it will be necessary to evaluate the final decisions of the states in the configuration of the multi-stakeholder group to ensure that this participation is effective. In any case, all of this shows that the EITI, although it still has a long way to go, is promoting the right of participation.

TWELFTH.-

It should be noted that the Standard stipulates that the fundamental rights of stakeholders actively participating in the EITI, including but not limited to members of the multi-stakeholder group, must be respected. However, while the overall review of implementing countries has shown that a high percentage have made significant progress, organisations such as CIVICUS have highlighted that in many of these countries civic space is obstructed or oppressed. This has raised questions about the scope of the concept of people directly involved in the EITI process. That is, a comparison of the data provided by the EITI on cases of human rights violations in some countries in relation to the extractive sector and the EITI's assessments of countries' level of progress in relation to this Requirement has raised questions as to

whether this approach might be excluding groups such as human rights defenders or affected indigenous peoples from EITI protection. The factual divergence has also highlighted the need to analyse each country situation separately in order to ascertain whether the EITI is indeed being strict in its implementation of the Protocol and Requirement 1.3. The cases of Colombia and Nigeria have exemplified this situation.

Thus, it has been argued that while EITI reports in Colombia have affirmed that civil society has been able to use the Standard to promote public debate, research carried out by some organisations has accentuated the existence of significant risks related to the high level of crime and violence, especially in rural areas affected by extractive activity. Likewise, the case of Nigeria has revealed that although it is considered that a favourable framework for civil society exist, there have been real difficulties in the degree of participation, while cases of human rights violations have been shown in relation to activists, journalists, etc. Thus, both contexts reveal that although the state could have established a general framework, in accordance with the EITI, that guarantees the participation of civil society in the process of implementing the EITI, in practice, situations of human rights violations have been observed around the activities of the extractive sector. This would suggest that the current provisions of the EITI do not protect the participation of civil society actors who are not directly involved in the implementation of the Standard.

Accordingly, this paper has suggested the need for the EITI to revise the concept of "active participation" to include any stakeholder or actor related to the extractive sector, and not only those actors primarily involved in the EITI. However, it should also be noted that the study of the evolution of the EITI has shown that the Standard has gradually adopted measures to improve and ensure the protection of civil society. In other words, it must be understood that, although it is affirmed that there is still a way to improve the management of this issue, both on the part of the organisation and the implementing states, it is also true that it cannot be denied that the EITI would be improving the promotion of respect for human rights, at least for those directly involved with the EITI.

THIRTEENTH.-

In view of the above, it has been shown that the right to participation is promoted through the Requirement 1.4 of the EITI by requiring the government to form a multi-stakeholder group comprising not only members of government but also companies and civil society. These groups have been identified as the key body to ensure successful implementation of the Standard. It is thus highlighted that the EITI can be an improvement in establishing a space for dialogue between stakeholders. As such, the EITI itself has been observing the challenges presented by these groups and has developed recommendations for improvement. However, this process is also not without its critics, and the lack of a more robust and demanding system of sanctions may lead to lower-than-expected compliance with this Requirement.

In this sense, it has been argued that the constitution of these groups sometimes does not effectively ensure the participation of civil society, as the selection of members does not always respond to an inclusive and fair process, as has been alleged in the case of Nigeria. In this line, the lack of reference to affected communities has also been noted, concluding that the concern lies not so much in this lack of inclusion but in the fact that the EITI not required to ensure that the groups certify that all information can be used by these affected communities or groups. However, it is worth noting that, in the case of Colombia, the reports have corroborated that the selection of the group followed a more democratic, inclusive, equal, and fair process in which the full participation of civil society was ensured.

On the other hand, the requirement to establish clear and public terms of reference is seen as a key factor in understanding the governance of these groups. In this sense, the transparency of documentation related to the internal governance of multi-stakeholder groups has been considered crucial for any interested party, and society in general, to hold the group accountable for the management carried out in accordance with the commitments and objectives established. However, it has been found that there are still some implementing countries that do not publish this information or do so only to a limited extent. This could call into question the assessment of performance against the commitments made in relation to the Standard. Nigeria and Colombia have shown an uneven level of transparency. Colombia's performance is more transparent than the NEITI, in that the country publishes more

information, as shown by the dissemination of the multistakeholder group's minutes, which are published on the EITI Colombia website.

FOURTEENTH.-

The analysis of the content of this Standard has shown how governments and companies are increasingly integrating the demands of society to disclose information that has historically been kept out of public scrutiny. In this way, this study has characterised EITI as that active publicity that every implementing country must disclose, for example the imperative and proactive dissemination of information that is held by public authorities, in this case, in relation to issues covering extractive industry activity. Information that, if disclosed in accordance with certain requirements, will enable society to have a better understanding of how the sector is managed and the impact that this management and its activity have on the country and the population.

Thus, EITI Requirements 2 to 6 stipulate in detail the quantitative and qualitative information that countries must disclose. While it has been noted that the EITI requires information at different levels of imposition, for instance some would be more of an "obligation", others are presented as recommendations. Therefore, the interpretation presented in this research has been to determine that active publicity would fall especially on that information that the EITI requests on a "mandatory" basis, while the rest of the stipulations would make up that information on which the citizen could exercise the right of access to information, in case it has not been previously published in the EITI reports or in any other platform. It should also be possible to exercise this right in relation to mandatory information that has not been published in an optimal form and time to allow its use. Likewise, it should never be forgotten that its enforceability in law will vary depending on how the government has implemented the EITI, and on the regulations applicable to the sector.

FIFTEENTH.-

In relation to the above, another important aspect, as emphasised above, is that its flexible nature has allowed it to gradually transform from an initiative whose focus was on revenue collection to an international standard with the aim of addressing broader governance of extractive resources that would also integrate sustainability

trends and stakeholder interests. In particular, the latest revision, launched in 2019, was a breakthrough in this regard, as it started to include disclosure of environmental impact issues, as well as the integration of gender-related aspects and improved transparency of contracts. This trend is reflected in the EITI's current strategy for 2021-2022, which includes issues such as energy transition and investment decisions based on environmental, social, and corporate governance criteria, among others. This evolution could therefore steer the EITI towards a new approach to combat some of the main risks identified, such as corruption, environmental impacts, and human rights violations.

Also, a significant aspect of the latest revision has been the inclusion of the "systematic disclosures concept" to clarify the desired result of the implementation of the Standard. The expectation is that disclosures will be more "timely, reliable and regular", and will not be reduced to the publication of EITI Reports. This new approach would respond to evidence that transparency should not be reduced to an exercise of publicized information, but rather it should be ensured that this is a faithful, punctual, and comprehensive representation, easily accessible and adequate in order to allow be comparable with other data.

Analysis of the information collected on the EITI website or on the websites of the implementing countries have shown that, for now, this proactivity is not very widespread among countries beyond the mere submission of reports (which are repeatedly presented with years of delay). At the time of writing these conclusions, no Validation of Conformity process has been carried out against the 2019 Standard, so a future study on the adequacy of countries in relation to this approach remains open. However, this evolution shows the responsiveness of the Standard and the trend towards equity and inclusiveness, which are characteristic elements of governance.

SIXTEENTH.-

The Validation reports of the implementing countries have shown that the characteristics of each national system have a direct impact on the implementation of the EITI and the degree of speed in achieving meaningful progress towards meeting each of the EITI Requirements. In particular, the analysis of the Nigerian and Colombian cases has led to several insights and conclusions. The circumstances and

motivations that lead each country to implement the EITI are different, as well as the degree of maturity of the extractive sector governance and the culture of transparency, therefore, this fact has shown that the effort and approach that each country makes cannot be compared. In this sense, Nigeria started from a regulatory system that was still in the process of development, so the NEITI has been presented as an effort to reform the sector and promote accountability. In contrast, Colombia, which had a more developed and established regulatory tradition, has focused implementation specifically on improving transparency in the sector's regulatory framework. Thus, as already mentioned, in terms of the impact of the EITI at the national level, it has not been possible to draw global conclusions from this comparative analysis that can be extrapolated to the rest of the implementing countries. Likewise, it has been observed that there is a need to carry out a field study by country to analyse its effectiveness in improving the governance of natural resources.

In the light of the above, it should also be noted that both countries have now been identified as having made significant progress (the outcome of the Validations is classified according to the following categorisation: i) no progress; ii) insufficient progress; and iii) significant progress). In this regard, two aspects should be considered. Firstly, it should be understood that the progress rating, as the name itself indicates, is the evolution of the State with respect to a given Requirement, but this does not indicate that a level of maximum transparency has been reached or that the system ensures accountability. In other words, the historical trend of opacity has begun to fade, but levels of transparency have not yet reached the optimal level of progress in EITI compliance. On the other hand, it has also been observed that reaching the same level does not mean that the degree of compliance is comparable. Therefore, given the current EITI Validation system, each country should be analysed independently, and its progress understood in accordance with its achievements. That is, two countries may have achieved the same score, but not have reached the same level of compliance and maturity in relation to transparency or even in establishing a context that can ensure accountability. An example of this is the level of detail in Colombia's reports compared to Nigeria's reports, not only in terms of the quantity of information but also, and very importantly, in terms of the quality and presentation of the information. The Colombian reports are presented in a much clearer, more

accurate and understandable manner. However, it can be concluded that, starting from a different context and a non-comparable quality of governance of the extractive system, both countries have now improved and made progress in complying with the EITI Requirements.

SEVENTEENTH.-

The EITI has been presented as an opportunity for states to review and develop national law. This has been proven by reading the Validation reports and EITI Reports of implementing countries. Thus, in order to comply with the Standard, governments are revising or passing new laws to comply with the Requirements as well as to reform the sector and promote accountability, as is the case in Nigeria. Thus, in line with this approach, there is a tendency to adopt laws to ensure the disclosure of contracts agreed between government and companies or regulations to ensure the publication of beneficial ownership. On the other hand, it has also been observed that some countries, such as Colombia, have linked their transparency and access to information law to the EITI provisions in order to align with the Standard. In this sense, it has been concluded that these reforms would be strengthening the idea that CSR is having an important impact at a legal level.

In line with the above, it has been observed that some implementing countries, including Nigeria and Colombia, have joined the Open Government Partnership organisation, through which, in parallel, they are taking further steps, some of which would be aimed at accelerating EITI implementation and even going beyond the stipulations of the Standard. This would also reinforce the idea that countries are making stronger commitments to advance their progress towards better transparency and accountability.

Therefore, considering the implications of the integration of these soft law instruments, even if there is no direct consequence (this will be determined by how the country has developed the implementation, for example whether, as in the case of Nigeria, a specific law has been developed or whether, on the contrary, as in the case of Colombia, only measures are adopted within the multistakeholder group that are aligned with it), non-compliance with the obligations adopted would create a certain

degree of responsibility for which governments should be held accountable (including companies).

EIGHTEENTH.-

However, the analysis of the EITI reports and Validations of the implementing countries, and in particular the examination of the implementation process in Nigeria and Colombia, as advanced above, has shown that a level of maximum transparency has not been achieved and that there are still latent challenges in this regard. In other words, not only has there been a lack of disclosure of all the information required by the EITI (it means that not all the EITI Requirements have been met), but also that sometimes this information is published with excessive delay, or there are circumstances in which not all people can access or use the information due to limitations such as document format, location, or language, among others. Therefore, while the Standard is having a direct impact on the regulatory framework to ensure direct compliance with the EITI, it has also been analysed whether there are mechanisms that could ensure that people have access and can use the information disclosed to create a space for public debate and establish a context in which people can demand accountability. Based on this approach and considering the objectives of the EITI, along with the difficulties encountered, and the normative trends in implementing countries, it has been concluded that the transparency and access to information law would be the ideal instrument to ensure these challenges.

Therefore, firstly, it has been raised the hypothesis as to whether the EITI, while not currently doing so directly, could encourage States through its provisions to include the promotion of this right as a cross-cutting vector to ensure compliance with the EITI Requirements. Thus, it has been observed that although the principles of this right are not explicitly reflected in the Standard, its content is consistent with them, and nothing would appear to prevent the EITI from encouraging its promotion in a more direct manner.

However, this approach cannot automatically be translated into an absolute guarantee of effectiveness at the national level. Therefore, first, it has been considered necessary to carry out a case-by-case examination of the state of the exercise of the right of every citizen to request information and whether the population is aware of

this right. A recommended study could be carried out by the multi-stakeholder groups so that they can establish a diagnosis of the situation that would allow them to present suggestions to the government so that it can take the necessary measures to guarantee its exercise.

NINETEENTH.-

The above-mentioned study of Nigeria and Colombia has shown that, although they have laws on the right of access to information, they are still far from ensuring that citizens can exercise this right without any limitation and with all the guarantees, and this may mean that people cannot always have access to all the information required by the EITI, and therefore cannot make use of it. This is not to say that these laws are not the appropriate mechanism, but that both countries should continue to work more exhaustively to guarantee this right. However, it should be noted that the lack of rules governing transparency and access to information does not mean non-compliance with the EITI, given that the Standard, as mentioned above, does not make any assessment or recommendation as to which laws might be appropriate to meet the required requirements. In particular, it has been found that there are countries that have adopted such laws after joining the EITI, however, it has not been possible to demonstrate a direct link between the EITI and the adoption of the legislation, and that, there may be other variables. It has even been shown that some of the implementing countries have not adopted them, or do not even have any regulations governing these aspects.

TWENTIETH.-

Therefore, considering again the limitations or challenges presented, it is surprising that this right is not understood in a comprehensive and cross-cutting manner in the implementation of the EITI. Hence, this paper has also looked at how transparency and access to information laws interact with EITI provisions. Thus, the objective of examining the cases of Nigeria and Colombia has been to discern the current degree of effectiveness of these laws as a mechanism for ensuring EITI implementation.

In this sense, a first approach has been to examine whether the subjects bound by the corresponding transparency and access to information laws would encompass the actions of the main actors in the extractive sector. In particular, the countries under

analysis have shown that some actors could fall outside the scope of this law, as is the case of private companies in Nigeria. This is important, as it would be highly necessary for the government to adopt relevant regulations that would oblige companies in the sector to disclose certain information. Otherwise, the country may find it difficult to comply with EITI requirements. It is therefore noteworthy, that Nigeria's NEITI Act has included an obligation for extractive companies to submit the information required.

Likewise, the exploration of transparency and access to information laws has suggested, as mentioned above, the need for multi-stakeholder groups to carry out an exhaustive study to analyse whether; i) its articles favour the control of the activities of the subject actors through provisions that ensure the registration of information of the activities carried out, and ii) if it has provisions that ensure the exercise of the right of access itself (procedures for requesting information, the right to challenge decisions to deny access), or if on the contrary, there are provisions, either in the Law itself or in other laws, that raise incompatibilities with the information requested by the EITI, especially in relation to contracts, tax and environmental information. In this regard, it has been noted that both Nigeria and Colombia have taken steps to adapt their legal framework to comply with the EITI. Failure to do so, it could mean the existence of a regulatory framework that contradicts the Standard.

On the other hand, it has also been examined whether the regulatory framework governing the extractive sector favours and/or manages the generation of information, storage, registration or archiving the information or whether, on the contrary, no information provisions are included in these laws that encourage disclosure, which may also hinder compliance with the EITI Requirements. Thus, a review of the regulatory framework governing the hydrocarbon industry, in both Nigeria and Colombia, appears to show that there are some laws that contain data and information disclosure aspects. However, it is perceived that these provisions do not actively promote the creation of comprehensive content by the main actors operating in the sector. This does not mean that these actors do not have the data, but it does mean that if the obligation to have files or correctly manage the information is not established, at the time that it must be disclosed or it is required by an interested party, the subject obligated could have difficulties in complying. That said, it is not the intention to

conclude that disclosure provisions in sector-specific laws should replace transparency and access to information laws, but rather that, it is essential that they do not contradict or limit this right. They should therefore be complementary to it. Therefore, in order to guarantee the effective exercise of the right of access to information, this sectoral regulatory framework could further elaborate on issues such as, a proper record-keeping of the information required to all actors involved, consider the possibility of expanding the information to be proactively disclosed, the establishment of simple and direct procedures for citizens to request information, as well as further determining the procedures regarding the denial of access to information.

While, once again, no general conclusions can be drawn that can be extrapolated to all other implementing countries, and a country-by-country analysis will be necessary, the above leads to the conclusion that in order to comply with the EITI Requirements, implementing countries should not only ensure that individuals can exercise their right of access to information, which should be in line with the provisions of the EITI, but also that, in advance, they should encourage the creation of a context that promulgates the effective creation and management of certain data and information. For this reason, it is also understood that it would be relevant that the multi-stakeholder group would carry out a more in-depth examination to detect possible incompatibilities with the EITI.

TWENTY-FIRST.-

Finally, this research has also shown that the EITI itself would have mechanisms to improve, advance and thus ensure compliance with the EITI Requirements. As discussed above, countries submit themselves to public scrutiny mainly through the publication of EITI reports or progress reports. Hence, it is understood that by doing so, the country would be addressing its obligation to disclose the information requested and to explain the decisions taken, thus being a first step through which it is accountable for its performance. An accountability that, as it has been shown, still poses challenges for implementing countries. In this sense, the idea that has been raised is that we should understand the Validation process as a starting point on the road to guarantee the compliance with the Standard, and, therefore, to ensure transparency and the precious space for public debate. In this sense, Validation reports

submitted by the EITI assess the progress of compliance with the EITI Requirements and make recommendations. This helps countries to take the necessary steps to comply with the Requirements. The EITI at the next Validation will review whether the country has taken its comments into consideration, and it will determine if the country has progressed.

However, the question that has been raised is whether achieving significant progress may lead to a lack of motivation for countries to make further progress. So far, no country that has made significant progress in global Validation has been assessed on more than three occasions, so in the coming years it will be necessary to observe how these countries react, and whether they have moved forward, and achieved significant progress for each of the Requirements beyond what is determined by the EITI. In this regard, it has been considered that the EITI should undertake a more rigid examination of whether the reforms or the measures adopted had had a real impact on the achievement of the objectives set by the multi-stakeholder group, as well as the purposes determined by the EITI. The idea is not to reduce this analysis to a simple exercise of checking if the data has been disclosed.

On the other hand, as with voluntary initiatives, it has become apparent that there is a certain weakness in relation to the establishment of sanctions in the event of non-compliance. Thus, the EITI does not impose direct sanctions, but uses mechanisms such as public exposure through, for example, suspension or exclusion of the country from the EITI. Because of the above, it is perceived that this initiative is not consistent with, or is a soft variant of, the concept of accountability in its ability to impose sanctions for violations of countries' obligations. In any case, the EITI provides a series of recommendations and/or obligations, whose positive impact will depend to a large extent on the actions of the government, as well as the other actors involved in its implementation, so that not all shortcomings or lack of effectiveness can be attributed to the EITI itself.

TWENTY SECOND.-

Digitisation in society is unquestionable, and in this context the open data movement, especially in relation to public information, is an increasingly growing force. Since its launch, the EITI, as it has been proven, has evolved over time, adapting

to new trends and integrating mechanisms to help countries achieve the greatest success in its implementation and to accomplish the goals that the country has set. As such, the adoption of the EITI Open Data Policy in 2015 has been seen as significant progress in helping to ensure optimal transparency and ensuring that any data is available in a form that allows direct manipulation. In short, as a further step towards guaranteeing access to and use of public information. Hence, it has been observed that states began to adopt their own policies, especially in the years immediately following the launch of this policy by the EITI. However, this process has now stalled and not all countries have such a policy (as in the case of Colombia, unlike Nigeria, which adopted its policy in 2016). The reasons may be diverse, lack of will, lack of capacity or even because they consider that their own national regulations already address these issues. In any case, the above would show that the EITI is making progress in promoting improved access to information thanks to the continuous revisions of the Standard, although, once again, as the countries are the directly obliged subjects, they must make an effort to respond to these needs.

TWENTY THIRD.-

Based on the above, a first general analysis has been made in order to know how the implementing countries are presenting the data and whether they comply with the minimum criteria. To this end, the criteria established by the Sunlight Foundation have been considered, which establishes that the data presented must be complete, from primary sources, timely, accessible physically and electronically, electronically processable, non-discriminatory, must be disseminated in accordance with open standards, must not require a licence for access or use, and must be permanent and free of charge.

A broad reading of the EITI reports of the implementing countries has shown that, at present, none of the countries, even if they have open data policies, as is the case in Nigeria, would be ensuring access to open data in accordance with these principles. Indeed, the EITI itself has acknowledged that it is aware that the adoption of this new approach will not be uniform across countries. In particular, it has been shown that the vast majority of data is still presented, for example in PDF documents, or exclusively on platforms that require specific software, thus complicating access and also the possibility of cross-referencing and comparison. A general lack of physical

access to information has also been detected, as well as a certain tendency to present data that do not correspond to the last financial year, but to previous years, which can have a negative impact on their timeliness, and even a lack of permanence, as they are sometimes no longer available online. Consequently, this assessment lays the foundations for a future analysis to examine whether in the coming years countries adopt more measures to ensure the publication of open data and what impact this has on its use by the population (regardless of the lack of specific regulations in this regard, such as Colombia, for example, which includes the concept of open data in its laws, but does not currently include the characteristics required for this type of data).

In addition to the above, the reports have also highlighted the existence of other factors that could undermine the effectiveness of the use of this data by some individuals or groups, and therefore undermine accountability, such as the need for a high level of competence to understand the information, or the existence of a certain asymmetry between the required disclosure and the information that could be relevant to the affected communities.

TWENTY FOURTH.-

Finally, it has been emphasized that the Work Plans of the multi-stakeholder groups have been considered as the main axis to ensure the implementation of the EITI. In this way, each country, according to its own context and needs, designs the measures to be adopted to meet the established objectives, and to face the challenges of the extractive sector, and ultimately comply with the EITI Requirements. Given that this paper has suggested the transparency and access to information law as the optimal instrument to ensure the disclosure of required information and its use by any person, this paper has examined whether, through the cases of Nigeria and Colombia, the right of access to information is conceived as an essential element in the implementation of the EITI through their Work Plans.

Nigeria's multi-stakeholder group has not specifically integrated this right but has focused on taking measures to improve transparency in the extractive sector, as well as ensuring the use of extractive revenue data through the empowerment of certain actors such as civil society, the media, and others. Given the Nigerian context and how extractive activities affect certain populations, questions have once again arisen

as to whether this information reaches these communities and whether the information is presented in a way that is understandable and covers their interests.

However, although outside the scope of the EITI itself, the country has shown its commitment to improving public institutions' compliance with the Freedom of Information Act by joining the Open Government Partnership. In any case, this is to be welcomed, as this action would contribute to the country taking the appropriate measures to guarantee the exercise of citizens' right of access to information. Therefore, it has been considered appropriate for NEITI to encourage multistakeholder groups to include these commitments in their National Plans to ensure access to such information in the event of any limitation on disclosure.

On the other hand, Colombia's multi-stakeholder group, through each of the plans developed, shows great ambition to improve management, access to information, the establishment of conditions for dialogue and capacity building, as well as the institutional strengthening of the extractive industry. An approach that the country has also worked on in parallel with the Open Government Partnership. The group does not integrate the relevant Transparency and Access to Information Act, which raises doubts as to whether the communities and the indigenous population can access and make use of the information that is of interest to them. However, it should be noted that, unlike Nigeria, the EITI Colombia has included the Law on Transparency and Access to Information as one of the regulations that must be taken into account in the framework that regulates the extractive sector.

All in all, this indicates that both countries are indeed working to improve their performance based on EITI Requirements and, and consequently, it is understood that they may be able to improve the transparency of the sector. However, considering the challenges and difficulties that have been raised throughout the last chapter, as stated above, the adoption of measures that guarantee the right of access to information in a cross-cutting manner becomes a cardinal vector to ensure compliance. It should be borne in mind that, there is no point in improving capacities to understand information if there may be cases where there is no access to that information in the first place. Therefore, this research has emphasized the need that the groups include in their Work Plans actions aimed at raising the awareness of the government to ensure the effective

exercise of this right. This work could be carried out in conjunction with the Open Government Partnership.

BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN

1. Obras generales, monografías y libros colectivos

Addo, Michael K., *Human Rights Standards and the responsibility of transnational corporations*, La Haya, Holanda, Kluwer Law International, 1999.

Allison, Roy, *The Soviet Union and the Strategy of non-Alignment in the Third World*, Cambridge University Press, 1988.

Amao, Olufemi, *Corporate Social Responsibility, Human Rights and the Law. Multinational corporations and developing countries*, Ed. Routledge, 2011.

Anderson, J., *Corporate social responsibility: Guidelines for top management*, Quorum Books, 1989.

Andersson, Ulf y Holm, Ulf (Ed.), *Managing the Contemporary Multinational. The Role of Headquarters*, Edward Elgar Publishing, 2010.

Auty, R., *Sustaining Development in Mineral Economies: The Resource Curse Thesis*, Routledge, London, 1993.

Barnard, Chester, I., *The Functions of the Executive*, Harvard University Press, 1938.

Behrman, J. N., *National Interests and Multinational Enterprises: Tensions among the North Atlantic Countries*, Prentice Hall, 1970.

Bendell, Jem (coord.), *Terms for Endearment: Business, NGOs and Sustainable Development*, Greenleaf Publishing, 2000.

Berger, Peter L., Huntington, Samuel P., *Globalizaciones múltiples. La diversidad cultural en el mundo contemporáneo*, 2002.

Bianchi Andrea y Peters Anne, *Transparency in international law*, Cambridge University Press, 2013.

Blanke, Hermann-Josef, Perlingeiro, Ricardo (Eds.), *The Right of Access to Public Information an International Comparative Legal Survey*, Springer, 2018.

Bowen, Howard R., *Social Responsibilities of the Businessman*, 1953, Harper.

Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa González, Javier (Ed.), *Derecho Internacional Privado, Volumen II*, Ed. Comares, 2004.

- Canneti, E., *Masa y poder*, Galaxia Gutemberg, 1960.
- Carmen Márquez Carrasco (ed), *España y la implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y derechos humanos: oportunidades y desafíos*, Huygens ed., Barcelona, 2014.
- Castells, Manuel, *La ciudad informacional. Tecnologías de la Información, reestructuración económica y el proceso urbano-regional*, Alianza Editorial, 1995.
- Castells, Manuel, *La Era de la Información. Vol. I: La Sociedad Red*, Siglo XXI Editores, 2002.
- Chandler, Jr., Alfred D., *The Visible Hand. The Managerial Revolution in American Business*, Harvard University Press (5ªed), 1999.
- Chernow, Ron, *Titan: The Life of John D. Rockefeller*, Warner Books, 1998.
- Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, 2006.
- Collins, Richard y Albornoz, María Mercedes, “On the Dwindling Divide between the Public and Private: The Role of Soft Law Instruments in Global Governance” en Ruiz Abou-Nigm, Verónica, McCall-Smith, Kasey y French, Duncan (eds), *Linkages and Boundaries in Private and Public International Law*, Hart Publishing 2018, pp. 105–120.
- Cooper, Andrew F. , *Big Business, Small Hands: Responsible Approaches to Child Labour*, Save the Children Fund, 2000.
- Crane Andrew, Matten Dirk y Spence, Laura J., *Corporate Social Responsibility. Readings and cases in a global context*, Routledge, 2008.
- Crawford, James, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 2012.
- Dine, Janet, *Companies, International Trade and Human Rights*, Cambridge University Press, 2005.
- Embid Irujo, José Miguel y del Val Talens, Paula, *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*, Colección Derecho Privado, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado Madrid, 2016.

Escobar, Guillermo (director), *Transparencia e información pública. XIII informe sobre derechos humanos*, Federación Iberoamericana de Ombudsman, Trama Editorial, 2015.

Feichtner, Isabel, Krajewski, Markus y Roesch, Ricarda (eds), *Human Rights in the Extractive Industries*, Springer, 2019.

Fischer, Peter, “Transnational Enterprises”, en: R. Bernhart (ed.), *Encyclopedia of Public International Law, Volume IV, Q-Z* (2000), pp. 921-926.

Fontaine, Guillaume, *El precio del petróleo. Conflictos socioambientales y gobernabilidad en la región amazónica*, Flacso Ecuador, 2015.

Frederick, W., *Corporation, be good! the Story of Corporate Social Responsibility*, Dog Ear Publishing, 2006.

Friedman, M., *Capitalism and freedom*, University of Chicago Press, Chicago 1962.

Gatto, Alexandra, *Multinational Enterprises and Human Rights: Obligations under EU Law and International Law*, Edward Elgar Publishing, 2011.

Gelb, A. and associates, *Oil Windfalls: Blessing or Curse?*, The World Bank and Oxford University Press, 1988.

Gutiérrez Mejía, Diana Patricia [et al.], *Petróleo y sociedad: el caso de Colombia y Argentina*, Corporación Universitaria Iberoamericana, Editorial, 2018.

Hamdani, Khalil y Ruffing, Lorraine, *United Nations Centre on Transnational Corporations. Corporate Conduct and the Public Interest*, Routledge, 2015.

Hayek, F.A., *The constitution of liberty*, University of Chicago Press, Chicago, 1960.

Held David, McGrew Anthony G., Goldblatt David and Jonathan Perraton, *Global Transformations Politics, Economics, and Culture*, University Press, Standford 1999.

Hepple, B., *Labour law and global trade*, Hart, 2005.

Hirsch, Moshe, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

Jägers, Nicola, *Corporate Human Rights Obligations; in search of Accountability*, Intersentia, Antwerpen, Oxford, New York, 2002.

Jonas, H., *El principio de responsabilidad. Ensayo para una ética de la civilización tecnológica*, Círculo de Lectores, 1994.

Karl, T. L., *The Paradox of Plenty: Oil Booms and Petro-States*, University of California Press, 1997.

Keohane, Robert O. y Nye, Joseph S., *Transnational relations and World Politics*, Harvard University Press, 1971.

Keohane, Robert O. y Nye, Joseph S., *Power and Interdependence*, Longman, 2012.

Kreps, Theodore J., *Measurement of the social performance of business. In An investigation of concentration of economic power for the temporary national economic committee* (Monograph No. 7), U.S. Government Printing Office, 1940.

Kurukulasuriya Lal y Robinson Nicholas A. Robinson (ed.), *Training Manual on International Environmental Law*, United Nations Environment Programme, Earthprint, 2006.

Le Billon, Philippe, *Fuelling War: Natural resources and armed conflict*, Routledge, 2006.

Leonard, Liam, *Beyond the UN global compact: institutions and regulations*, Emerald Books, 2015.

Malem Seña, Jorge F., *Pobreza, Corrupción, (In)Seguridad Jurídica*, Cátedra de Cultura Jurídica, Marcial Pons, 2017.

Martín Ortega, Olga, *Empresas multinacionales y derechos humanos en derecho internacional*, Bosch, 2007.

McBarnet, Doreen, Voiculescu, Aurora y Campbell, Tom (ed), *The New Corporate Accountability. Corporate Social Responsibility and the Law*, Cambridge University Press, 2007.

Muchlinski, Peter T., *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford University Press, 2007.

Munier, Nathan, *The Political Economy of the Kimberly Process*, Cambridge University Press, 2020.

- Nagzaam, Gerry, *The Making of International Environmental Treaties. Neoliberal and Constructivist Analyses of Normative Evolution*, Edward Elgar, 2009
- Nijman, Janne Elisabeht, *The Concept of International Legal Personality. And Inquiry Into de History and Theory of International Law*, T. M. C. Asser Press, 2004.
- Nwokeji, G. Ugo, *The Nigerian oil and gas industry: history, strategies and current directions*, The James A. Baker III Institute for Public Policy, Rice University, March 2007.
- Ortega, M., *¿Debe el Estado ayudar a las transnacionales españolas?*, Muñoz Moya Editores, 2007.
- Perry, Guillermo y Olivera, Mauricio (ed), *Petróleo y minería: ¿bendición o maldición?*, La Imprenta Editores S.A., 2012.
- Petras, J. y Veltmeyer, Henry, *Multinational on Trial. Foreign Investment Matters*, Ashgate, 2007.
- Picolotti Romina y Taillant Jorge Daniel, *Linking Human Rights and the Environment*, The University of Arizona Press, Tucson, 2003.
- Portmann, Roland, *Legal Personality in Internacional Law*, Cambridge University Press, 2010.
- Richter, J., *Holding corporations accountable: Corporate conduct, international codes, and citizen action*, Zed Books, 2001.
- Ross, M., *The Oil Curse: How Petroleum Wealth Shapes the Development of Nations*, Princeton University Press, 2012.
- Sagafi-Nejad, Tagi y Dunning, J. H., *The UN and Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact*, Indiana University Press, 2008.
- Sánchez, Víctor M. (Ed.), *Derecho Internacional Público*, Huygens (3ª ed.), 2012.
- Sánchez, Víctor M. (Ed.), *Derecho de la Unión Europea*, Huygens 2016.
- Sandel, G., *Justice: What's the Right Thing to Do?*, Editorial Farrar, Straus and Giroux, 2010.

Santoyo, Arturo y Evelio Martínez, *La brecha digital: Mitos y realidades*, Mexicali: UABC, 2003.

Scharpf, F., *Governing in Europe: Effective and democratic?* Oxford University Press, 1999.

Spruyt, Hendrik, *The Sovereign State and Its Competitors*, Princeton University Press, 1994.

Stoitchkova, D. E., *Towards Corporate Liability in International Criminal Law*, Intersentia, 2010.

Strange, S., *The retreat of the State. The diffusion of power in the world economy*, Cambridge University Press, 1996.

Villanueva, Ernesto, “Aproximaciones conceptuales a la idea de transparencia” en Merino, Mauricio (coord.), *Transparencia: libros, autores e ideas*, IFAI-CIDE, 2005.

Wallace, C.D., *The Multinational Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2002.

Wettsein, F. *Multinational Corporations and Global Justice*, Stanford Business Book, 2009.

Zerk, Jennifer A., *Multinationals and Corporate Social Responsibility. Limitations and Opportunities in International Law*, Cambridge University Press, 2006.

2. Artículos y capítulos de libro

2.1. Artículos de revista

Adebayo, Morayoy Akinyoade, Akinyinka, “Access to Information and Transparency: Opportunities and Challenges for Nigeria’s FOI Act 2011” en *Access to Information in Africa, Law, Culture and Practice, Series: Afrika-Studiecentrum Series*, Volume: 27, pp. 261–285.

Abbott, Kenneth W. y Snidal, Duncan, “Hard and Soft Law in International Governance” en *International Organization, Vol. 54, No. 3, Legalization and World Politics*, 2000, pp. 421-456.

Adunbi, Omolade, “Extractive practices, oil corporations and contested spaces in Nigeria” en *The Extractive Industries and Society*, 2019, pp. 1-8 (article in press).

Agba, J.U, Ogri, E.U y Adomi K.O “The Nigerian Freedom of Information (FOI) Act and the right to know: Bridging the gap between principle and practice” en *New Media and Mass Communication*, Vol. 73, 2018, pp. 21-31.

Agurcia Valencia, Gilma, “Importancia del derecho de acceso a la información pública”, en *Revista de Derecho*, Vol. 32, núm. 1, 2011, pp. 29-47.

Álvarez Rico, Manuel, “El derecho de acceso a los documentos administrativos”, en *Documentación administrativa*, núm. 183, 1979, pp. 103-134.

Allard Neumann, Raul, “Las empresas multinacionales en la globalización. Relaciones con los Estados”, en *Estudios Internacionales 158*, Instituto de Estudios Internacionales - Universidad de Chile, 2007, pp. 59-99.

Arlen, Jennifer, “The Potentially Perverse Effects of Corporate Criminal Liability” en *Journal of Legal Studies*, Vol. 23, núm. 2, 1994, pp. 833-867.

Arona, Elisa, Bebbingtona, Anthony, Dammerta, Juan Luis, “NGOs as innovators in extractive industry governance. Insights from the EITI process in Colombia and Peru” en *The Extractive Industries and Society* 6, 2019, pp. 665–674.

Bantekas, I, “Corporate Social Responsibility in International Law” en *Boston University International Law Journal*, Vol. 22, pp. 309-347.

Benjamin R. Barber, “Can Democracy Survive Globalization?” en *Government and Opposition*, Vol. 35, Issue 3, 2000, pp. pp. 275-301.

Blitt, Robert C., “Beyond Ruggie’s Guiding Principles on Business and Human Rights: Charting an Embrasive Approach to Corporate Human Rights Compliance” en *Texas International Law Journal*, Vol. 48, Issue 1, 2012; University of Tennessee Legal Studies Research Paper num. 158, pp. 33-62.

Bocalandro, Laura , Fox, Gregory H., Leary, Virginia A. , Engle, Karen y Grossman, Claudio, “The Right to Political Participation in International Law” en *Proceedings of the Annual Meeting, American Society of International Law*, Vol. 86, 1992), pp. 249-261.

Burzaco Samper, M. “Contrataciones públicas socialmente responsables: la necesidad de reconsiderar el potencial de la contratación pública en la consecución de objetivos sociales”, en *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, CIRIEC-España*, núm. 86, 2016, pp. 281-310.

Bustos Gisbert, Rafael, “El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 85, 1994, pp. 261-289.

Carroll, A.B., “Corporate Social Responsibility: Evolution of a definitional Construct” en *Business and Society*, vol. 38, 3, 1999, pp. 268-295.

Castro, Pedro, “El caudillismo en América Latina, ayer y hoy” en *Política y Cultura*, núm. 27, 2007, pp. 9-29.

Chenautm Victoria, “Impactos sociales y ambientales de la explotación de hidrocarburos en el municipio de Papantla, Veracruz (México)” en *e-cadernos CES, OpenEdition Journals*, 28, 2017, pp. 94- 117.

Chinkin, Christine, “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law” en *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, No. 4, 1989, pp. 850- 866.

Choudhury, Barnaly, “Balancing soft and hard law for business and human rights” en *International & Comparative Law Quarterly*, Volume 67, Issue 4, Cambridge University Press, 2018, pp. 961 – 986.

Corden, W.M. y J. P. Neary, “Booming Sector and De-Industrialisation in a Small Open Economy” en *The Economic Journal*, Vol. 92, num. 368, 1981, pp. 825-848.

Corrigan, Caitlin C, “Breaking the resource curse: Transparency in the natural resource sector and the extractive industries transparency initiative” en *Resources Policy*, 40, 2014, pp. 17-30.

Corrigan, Caitlin C, “The effects of increased revenue transparency in the extractives sector: The case of the Extractive Industries Transparency Initiative” en *The Extractive Industries and Society* num. 4, 2017, pp. 779–787.

Cruz-Rubio, C.N, “¿Qué es (y que no es) gobierno abierto? Una discusión conceptual”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 8, 2015, pp. 37-53.

De la Balze, Felipe, “Petróleo, gas natural y geopolítica” en *Estudios Internacionales 173*, Instituto de Estudios Internacionales - Universidad de Chile, 2012, pp. 155-168.

Di Robilant, Anna, “Genealogies of Soft Law” en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 54, No. 3, 2006, pp. 499-554;

Dopazo Fraguío, M^a Pilar, “XXI. Contratación pública y prevención de daños ambientales: hacia una regulación global e integradora” en *Actualidad Jurídica Ambiental* núm. 102/2, Congreso Nacional de Derecho Ambiental, junio 2020, pp. 538-552.

Douglas Bishop, John, “The limits of Corporate Human Rights Obligations and the Rights of For-Profit Corporations” en *Business Ethics Quarterly*, Vol. 22, Issue 1, 2012, pp. 121-122.

Duvic-Paoli, Leslie-Anne, “The Status of the Right to Public Participation in International Environmental Law: An Analysis of the Jurisprudence” en *Yearbook of International Environmental Law*, Vol. 23, No. 1, 2012, pp. 80-105

Echeverry, Juan Carlos, Navas, Jaime, Navas, Verónica y Gomez, Maria Paula, “Oil in Colombia: History, Regulation and Macroeconomic Impact”, en *SSRN Electronic Journal*, Documento CEDE núm. 2008-10, 2009, pp. 1-32.

Ekhtor, Eghosa Osa, “The roles of civil society organizations in the extractive industries transparency initiative in Nigeria”, en *International Journal of Not-for-Profit Law*, Vol. 16, num. 2, 2014, pp. 47-52.

Engle Merry, Sally, “Global legal pluralism and the temporality of soft law” en *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Vol. 46, No. 1, 2014, pp.108-122.

Escámez, J., García, R. y Pérez C., “La educación moral ante el reto de la pobreza”, en *Teoría de la Educación, Revista Interuniversitaria*, núm. 15, 2003, pp. 185-21.

Esteve Moltó, José Elías, “Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia

institucional”, en *Anuario Español de Derechos International*, Vol. 27, 2011, pp. 317-351.

Etemire, Uzuazo, “A fresh perspective on the human right to political participation and environmental decision-making in Nigeria” en *African Journal of International and Comparative Law*, 26.4, 2018, pp. 565-584

Feler, Alan Matías, “Soft law como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas” en *Lecciones y Ensayos*, núm. 95, 2015, pp. 281-303.

Fenster, M., “Transparency in search of a theory” en *European Journal of Social Theory*, 18(2), 2015, pp.150–167.

Fernández Ardila, Amelia Carolina, Alexander González, Sergio, Santos Rodríguez, María Patricia, “Impactos ambientales generados por la exploración sísmica en la industria petrolera colombiana”, en *Revista el Centauro*, núm. 10, Año 7, Universidad Libre de Colombia, 2015, pp. 69-80.

Fernández Martínez, Silvia, “Las líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales y su puesta en práctica por los puntos nacionales de contacto” en *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 10. núm. 2, 2020, pp. 101-129.

Ferrer-Sapena, Antonia, Fernanda Peset y Rafael Aleixandre-Benavent, “Acceso a los datos públicos y su reutilización: open data y open government” en *El Profesional de la Información*, Vol. 20 (3), pp. 260-269.

Fikentscher, W., “United Nations code of conduct: new paths in International Law”, en *American Journal of Comparative Law*, 30, 4, 1982, pp. 577-604.

Foy Valencia, Pierre, “Consideraciones sobre la contratación pública sostenible (“verde”) en *Derecho PUCP*, núm. 66, 2011, pp. 335-350.

Frederick, W.C., “The growing concern over business responsibility”, en *California Management Review*, Vol. 2 No. 4, 1960, pp. 54-61.

Freeman, I y Hasnaoui, A., “The Meaning of Corporate Social Responsibility: The Vision of Four Nations” en *Journal of Business Ethics*, vol. 100, 3, 2010, p. 419-443.

Fumega, Silvana y Scrollini, Fabrizio, “Primeros aportes para diseños de políticas de datos abiertos en América Latina” en *Derecho Comparado de la Información*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013, pp. 3-37.

Garriga, E. y Melé, D., “Corporate Social Responsibility Theories: Mapping the Territory” en *Journal of Business Ethics*, Vol. 53, 1/2, 2004, pp. 51-71.

Gil y Gil, J. L., (2020). “La responsabilidad de las empresas multinacionales por vulneración de los estándares laborales. Una perspectiva global” en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 10(2), 2020, pp. 6–70.

Gilberthorpe, Emma, “Community development in Ok Tedi, Papua New Guinea: the role of anthropology in the extractive industries” en *Community Development Journal* Vol. 48, num. 3, *Special Issue: Extractive Industries*, 2013, pp. 466-483.

Guido Orzes, et. al, “The impact of the United Nations global compact on firm performance: A longitudinal analysis” en *International Journal of Production Economics*, vol. 227, 2020, pp. 1-13

Henleben, Claire, “The Kimberley Process' Legacy: How the 2000 Certification Process for Conflict-Free Diamonds Can Help Solve Contemporary Human Rights Violations within the Cobalt & Coltan Mining Industries” en *Loy. U. Chi. Int'l L. Rev.*, vol. 16, issue 1, 2020, pp.115- 127

Hillemanns, C., “UN Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights”, en *German Law Journal*, 4, 2003, pp. 1065-1080.

Hillgenberg, Hartmut, “A fresh look at soft law” en *European Journal of International Law*, Vol 10, Issue 3, 1999, pp. 499–515.

Homewood, Stephen, “The impact of the Aarhus Convention on ethical management decision making” en *Int. J. Management and Decision Making*, Vol. 6, Nos. 3/4, 2005, pp. 382-392

Hormaeche Azumendi, José Ignacio (et al), “El petróleo y la energía en la economía, Los efectos económicos del encarecimiento del petróleo en la economía vasca”, en *Dok Ekonomiaz*, 2008.

Humberto Hernández Luis, “América Latina: petróleo y conflicto Pasado y presente” en *Ciencia Política* núm. 5, enero-junio 2008.

Ifesinachi, Ken, “The Nigerian National Petroleum Corporation (NNPC) and Enforcement of Zero Gas Flaring Regime in Nigeria” en *ANSU Journal of Arts and Social Sciences*, 4 (1), 2016, pp. 48-74.

Iglesias Vila, Marisa, “Los Conceptos Esencialmente Controvertidos en la interpretación constitucional” en *Doxa*, N. 23, 2000, pp. 77-104.

Karska, Elzbieta, “Human rights violations committed by private military and security companies: an international law analysis” en *Joaçaba*, Vol. 17, num. 3, pp. 753-766.

Kasekende, Elizabeth, Abuka, Charles, Sarr, Mare, “Extractive industries and corruption: Investigating the effectiveness of EITI as a scrutiny mechanism” en *Resources Policy* 48, 2016, pp. 117–128.

Keohane, Robert O. y Nye, Joseph S., “Transnational relations and World Politics: an Introduction”, en *International Organization*, Vol. 25, 1971, pp. 329-349.

Kinley, D. y Tadaki, J., “From talk to walk. The emergence of human rights responsibilities for corporations at International law”, en *Virginia Journal of International law*, Vol 44:4, 2003-2004.

Klein, Asmara, “Pioneering extractive sector transparency. A PWYP perspective on 15 Years of EITI”, en *The Extractive Industries and Society* 4, 2017, pp. 771–774.

Krugman, P., “The Narrow Moving Band, the Dutch Disease and the Competitive Consequences of Mrs. Thatcher” en *Journal of Development Economics* 27, 1987, pp. 41-55.

Le Billon, P., “The Resource Curse” en *Adelphi Papers*, 45 (373), pp. 11-27.

Lee, Maria y Abbot, Carolyn, “The Usual Suspects? Public Participation under the Aarhus Convention” en *The Modern Law Review*, Vol. 66, No. 1, 2003, pp. 80-108.

Lee Tanya, “The Extractive Industries Transparency Initiative: Public Information on Natural Resource Revenues” en *Petroleum Accounting and Financial Management Journal*, Vol 25, N° 2, 2006.

Lin-Hi, Nick y Mülle, Karsten, “The CSR bottom line: Preventing corporate social irresponsibility” en *Journal of Business Research*, Vol. 66, Issue 10, 2013, pp. 1928–1936.

López A., José Hilario, “Geopolítica del petróleo y crisis mundial” en *Dyna*, Vol. 75, núm.156, 2008, pp. 1-8.

López-Jacoiste Díaz, Eugenia, “Los actores no estatales internacionales a la luz del derecho internacional: el caso de las empresas transnacionales” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, núm. 2, 2019, pp. 194-229.

Macchione Saes, Beatriz, et al, “Justicia ambiental e irresponsabilidad social empresarial: el caso de la minera Vale SA”, en *Ambiente & Sociedade*, vol. 24, 2021, pp. 1-22.

Martínez Zarzoso, I. y Hoffmann, J., “Costes de transporte y conectividad en el comercio internacional entre la Unión Europea y Latinoamérica” en *Información Comercial Española*, núm. 834, 2007, pp. 45-59.

Mesa Cuadros, Gregorio, “Conflictividad y desplazamiento ambiental: elementos jurídico-políticos de justicia ambiental y reparación a sociedades tradicionales” en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. VI, núm. 1, 2015, pp. 1-50.

Miras Salamanca, Pedro (dir), *Una aproximación a los hidrocarburos no convencionales en el ámbito internacional y en España*, Club Español de la Energía, 2016.

Moir, L., “What do we mean by corporate social responsibility?” en *Corporate Governance*, Vol. 1, Issue 2, 2001, pp. 16-22.

Moran, T. H., “Transnational strategies of protection and defence by multinational corporations: Spreading the risk and rising the costs for nationalization in natural resources”, en *International Organization*, Vol. 27 num. 2, 1973.

Muchlinski T., Peter, “Human Rights and Multinationals: Is there a Problem?” en *International Affairs*, Vol 77, Issue 1, 2001, pp. 31-47. 31- 48.

Nogueira, H. “El derecho a la información en el derecho constitucional comparado en Iberoamérica y Estados Unidos” en *Ius et Praxis*, vol. 6, núm. 1, 2000, pp. 321-404.

Nwoke, Uchechukwu, “Access to Information under the Nigerian Freedom of Information Act, 2011: Challenges to Implementation and the Rhetoric of Radical Change” en *Journal of African Law*, 63, 3, 2019, pp. 435–461.

Okoye, Adaeze, “Theorising Corporate Social Responsibility as an Essentially Contested Concept: Is a Definition Necessary?” en *Journal of Business Ethics*, vol. 89, 4, 2009, pp. 613-627.

Olubunmi Omotayo, Funmilola, “The Nigeria Freedom of Information Law: Progress, Implementation Challenges and Prospects” en *Library Philosophy and Practice (e-journal)*, 2015, pp. 1-18

Omowumi Babatunde, Abosede, “An Analytical Evaluation of the Cost of the Conflict in Nigeria’s Niger Delta” en *Journal of Conflictology*, Vol 3, Issue 1, 2012, pp. 50-58.

Pariotti, Elena, “International Soft Law, Human Rights and Non-state Actors: Towards the Accountability of Transnational Corporations?” en *Human Rights Review*, Vol. 10, 2009, pp. 139–155;

Podrecca, Matteo; Sastor, Marco; Nassimbeni, Guido, “United Nations Global Compact: where are we going?” en *Social Responsibility Journal*, 2021, pp. 1-20

Ralston, Ekaterina S., "Deviance or norm? Exploring corporate social responsibility" en *European Business Review*, Vol 22, Issue 4, 2010, pp. 397-410.

Ramírez, Álvaro, “Gobierno abierto y modernización de la gestión pública: tendencias actuales y el (inevitable) camino que viene. Reflexiones seminales” en *Revista Enfoques* 9(15), 2011, pp.99-121.

Ramírez-Alujas, A.V. y Cruz-Rubio, C.N. "Políticas Públicas Abiertas: Hacia la definición y análisis de los diseños políticos bajo los principios del gobierno abierto", en *Buen Gobierno*, núm. 13, 2012, pp. 52-76.

Ramírez Villegas, Jaime, “Escasez o agotamiento del petróleo: una visión desde los Contratos de Futuros” en *Economía informa*, núm. 359, julio-agosto, 2009, pp. 125-137.

Ratner, S.R., “Corporations and human rights: a theory of legal responsibility”, en *Yale Law Journal*, num.111, 2002, pp. 443-545.

Renner, Michael, “La nueva geopolítica del petróleo”, en *Development num. 49, Society for International Development*, 2006, pp. 121-134.

Román Maestre, Begoña, “La corrosión del "ethos" corporativo reflexiones sobre las condiciones de posibilidad de la ética empresarial” en *Recerca, Revista de pensament i anàlisi*, núm.4, 2004, pp. 137-152.

Román Márquez, Alejandro,” Tutela y promoción de los derechos sociales y laborales por las directivas europeas sobre contratación pública de cuarta generación: su incorporación al ordenamiento jurídico español” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46 núm. 2, 2019, pp. 477-500.

Ross, M. L., “The Political Economy of the Resource Curse” en *World Politics*, 1999, pp. 297-322.

Ross, M. L., “Does Oil Hinder Democracy?” en *World Politics*, Vol. 53, num. 3, 2001, pp. 325-361.

Sachs Jeffrey D. y M. Warner Andrew, “Natural Resource Abundance and Economic Growth,” en *University Press*, 2000. (Previamente NBER Working Paper 5398, diciembre 1995.

Salmón, Elizabeth, “Mecanismos de reparación en el ámbito del sistema interamericano por violaciones de derechos humanos cometidos por empresas multinacionales: la responsabilidad estatal y la construcción de medidas reparatorias” en *Revista de Estudios Jurídicos* núm. 12, 2012, pp. 1-11.

Sánchez Morón, Miguel, “El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente” en *Revista de Administración Pública* 31, núm. 137, 1995, pp. 31-55.

Sánchez-Vázquez, Luis, Gabriela Espinosa, María, Beatriz Eguiguren, María, “Percepción de conflictos socio-ambientales en zonas mineras: el caso del proyecto mirador en Ecuador” en *Ambient. Soc.* Vol.19, núm. 2, 2016, pp. 23-41.

Sarmiento, Daniel, “La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law” en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, 2006, pp. 221-266.

Saura Calixto Pilar y Hernández Prados María Ángeles, “La evolución del concepto de sostenibilidad y su incidencia en la educación ambiental” en *Teoría de la Educación, Revista Interuniversitaria*, núm. 20, 2008, pp. 179-204.

Sauvant, Karl P., “The Negotiation of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned”, en *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 16, 2015, pp. 11-87.

Sethi, S. Prakash y Schepers, Donald H. “United Nations Global Compact: The Promise-Performance Gap” en *Journal of business ethics*, vol.122 (2), 2014, pp.193-208

Shola Omotola, J.,” Elections and democratic transition in Nigeria under the fourth republic” en *African Affairs*, 109/437, 2010, pp. 535–553.

Shrivastava S., Unnikrishnan S., “Review of Life Cycle Assessment and Environmental Impacts from The Oil & Gas Sector”, en *Oil Gas Res, an open access journal*, Volume 5, Issue 1, 2019, pp. 1-7.

Stevelman, Faith, “Pandora's box: Managerial discretion and the problem of corporate philanthropy” en *UCLA Law Review*, Vol. 44, núm. 579, 1997, pp. 579-676.

Sovacool, Benjamin K, Walter, Götz, van de Graaf, Thijs and Andrews, Nathan, “Energy Governance, Transnational Rules, and the Resource Curse: Exploring the Effectiveness of the Extractive Industries Transparency Initiative (EITI)” en *World Development*, 83, 2016, pp. 179-192.

Ssenyonjo, Manisuli, “The Applicability of International Human Rights Law to Non-State Actors: What Relevance to Economic, Social and Cultural Rights?” en *The International Journal of Human Rights*, Vol. 12, núm. 5, 2008, pp. 725-760.

Suárez Robledano, José Manuel, “La rendición de cuentas como principio general del Derecho”, en *Revista Española de Control Externo*, vol. XVII, núm. 50, 2015, pp. 11-55.

Tornos Mas, Joaquín, “Contratación pública y derechos humanos” en *Revista Digital de Derecho Administrativo* núm. 24, 2020, pp. 11-41.

Ugartemendia Eceizabarrena, Juan Ignacio, “El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado” en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, 2006, pp. 17- 54.

Vagts, Detlev F., “The multinational enterprises: a new challenge for transnational law”, en *Harvard Law Review*, Vol 83, 1970, pp. 739-792.

Van Alstine, James, “Critical reflections on 15 years of the Extractive Industries Transparency Initiative (EITI)” en *The Extractive Industries and Society* 4, 2017, pp. 766–770.

Vásquez C, Herman, “La historia del petróleo en Colombia”, en *Revista Universidad Eafit*, Vol. 30, núm. 93, 1994, pp. 99-109.

Velasquez, Manuel, “Debunking Corporate Moral Responsibility”, en *Business Ethics Quarterly*, vol. 13, 4, 2003, pp. 531-562.

Velasquez, Manuel, “Why corporations are not morally responsible for anything they do” en *Business & Professional Ethics Journal*, vol. 2, 3, 1983, pp. 1-18.

Veltmeyer, Henry, “Economía política de la extracción de recursos naturales: ¿nuevo modelo de desarrollo o imperialismo extractivo?”, en *Estudios Críticos del Desarrollo*, Vol. III, núm. 4, 2013, pp. 9-43.

Villara, Paul Fenton, Papyrakisa, Elissaios, “Evaluating the impact of the Extractive Industries Transparency Initiative (EITI) on corruption in Zambia” en *The Extractive Industries and Society*, num 4, 2017, pp. 795–805.

Wallace, R.M.M., y Martin-Ortega, O., “The UN Norms: a first step to universal regulation of transnational corporations’ responsibilities for human rights?”, en *Dublin University Law Journal* 26, pp. 304-319.

W. B. Gallie, “Essentially Contested Concepts “ en *Proceedings of the Aristotelian Society* New Series, Vol. 56, 1955 - 1956, pp. 167-198.

Weigend, T., “Societas Delinquere Non Potest? A German Perspective”, en 6 *Journal of International Criminal Justice* 927, 2008, pp. 930-932.

Yañez Fuenzalida, N., “Derechos indígenas a los recursos naturales, al agua y al medio ambiente en el derecho internacional” en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, 2020 , pp. 127-140.

Ziehm, Cornelia “Legal Standing for NGOs in Environmental Matters under the Aarhus Convention and under Community and National Law” en *Journal for European Environmental and Planning Law*, 2(4), 2005, pp. 287-300.

2.2. Capítulos de libro

Abad Castelos, Monserrat, “La sociedad de la globalización y la necesidad de orientar jurídicamente el sistema internacional: subdesarrollo, instituciones financieras, compañías multinacionales, Estado, derechos humanos y otras claves” en Juan Soroeta Licerias, *Curso de Derechos Humanos de Donostia- San Sebastián*, Vol. III, Universidad del País Basco Servicio Editorial, 2002, pp. 29-82.

Andrew Grant, J., “Conflict-Prone Minerals, Forced Migration and Norm Dynamics in the Kimberley Process and ICGLR” en *Environmental Conflicts, Migration and Governance*, Bristol University Press, 2020, pp. 197-218

Asbjørn Eide, “Universalization of Human Rights versus Globalization of Economic Power”, en Fons Coomans et al. (eds.), *Rendering Justice to the Vulnerable: Liber Amicorum in Honour of Theo Van Boven*, Kluwer Law International, 2000, pp. 99-119.

Bass, Steven, Xavier Font y L. Danielson, “Standards and certification: a leap forward and a step back for sustainable development”, en Tom Bigg (coord.), *The Future is Now: Equity for a Small Planet*, IIED, pp. 21-31 (Vol. 2), 2001.

Bonet Pérez, J., “Los actores privados de carácter económico y su incidencia en la formación y aplicación del DIP: especial referencia a las empresas transnacionales”, en Victoria Abellán y Jordi Bonet Pérez (Dir.), *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho Internacional Público*, JM Bosch, 2009.

Chandler, Geoffrey, “Keynote Address: Crafting a Human Rights Agenda for Business” en Michael K. Addo, *Human Rights Standards and the responsibility of transnational corporations*, Kluwer Law International, 1999, pp. 39-45.

Clapham, A., “The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court” en M.

Collier P., Hoeffler A., “High-value natural resources, development, and conflict: Channels of causation”, en Lujala and S. A. Rustad (ed), *High-Value Natural Resources and Peacebuilding*, Routledge, 2012.

Crane, Matten y Spence, “Corporate Social Responsibility: in a global context” en Crane Andrew, Matten Dirk y Spence, Laura J., *Corporate Social Responsibility. Readings and cases in a global context*, Routledge, 2008, pp. 3-26.

De George, R.T, “The Myth of Corporate Social Responsibility; Ethics and International Business” en J.W. Houck y O.F. Williams, *Is the good corporation dead? Social responsibility in a global economy*, Lanham, Md., Rowman & Littlefield, 1996, p. 17-36.

Friedman, M., “The Social Responsibility of Business is to Increase Profits” en Walther Ch Zimmerli, Klaus Richter, Markus Holzinger (ed), *Corporate Ethics and Corporate Governance*, Springer, 2007, pp. 173-178.

Guamán, Adoración, “Las cláusulas sociales en los acuerdos de comercio e inversión de la UE: los acuerdos de “nueva generación” a examen” en Tremolada, Eric (ed), *Desafíos del multilateralismo y de la Paz*, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Hein van Kempen, Piet, “The Recognition of Legal Persons in International Human Rights Instruments: Protection Against and Through Criminal Justice?” en M. Pieth & R. Ivory (eds.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 9*, 2011, p. 355-389.

Kamminga y S. Zia-Zarifi (eds), *Liability of Multinational Corporations Under International Law*, Kluwer, 2000, pp. 139-195.

Kamminga, M.T., “Holding Multinational Corporations Accountable for Human Rights abuses: A challenge for the EC” en P. Alston, ed, *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 553-570.

Keller Helen, “Corporate codes of conduct and their implementation: the question of legitimacy” en Rudiger Wolfrum, Volker Röben (ed.), *Legitimacy in International Law*, Springer, 2008.

Kraus, Richard S., “Petróleo: prospección y perforación”, en *Enciclopedia de salud y seguridad en el trabajo*, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT), 2018, p. 1-15.

Lux, J., Skadengaard Thorsen, S y Meisling, A., “The European initiatives” en R. Mullerat (ed.), *Corporate social responsibility: The corporate governance of the 21st century*, Kluwer Law International, 2011, pp. 279–298.

Márquez Carrasco Carmen, “El Plan Nacional de España sobre empresas y derechos humanos y la implementación de los pilares proteger, respetar y remediar: oportunidades y desafíos” en Carmen Márquez Carrasco (ed), *España y la implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y derechos humanos: oportunidades y desafíos*, Huygens ed, Barcelona, 2014, pp. 25-53.

McPherson Charles y MacSearraigh, “Corrupción en el sector del petróleo” en Stephen Edgardo Campos, J. Pradhan, Sanjay (ed), *Las múltiples caras de la corrupción. Aspectos vulnerables por sectores*, Banco Mundial, Mayol Ediciones S.A., 2009, pp. 181-214.

Pierre-Marie Dupuy, “Proliferation of actors”, en Rudiger Wolfrum y Volker Roeben (eds), *Developments of International Law in Treaty Making*, Springer, 2005, pp. 537-542.

Pons Ràfols, Xavier i Sánchez Sánchez, Víctor M, “Chapter12. Sustainability Labelling certification schemes on forest management” en Mar Campins Eritja (ed), *Sustainability, Labelling and Certification*, Marcial Pons, 2004, pp 311-340.

Reinisch, August, “The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors” en Philip Alston, *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2005, pp. 37-89.

Ryall, Áine, “The Aarhus Convention: Standards for Access to Justice in Environmental Matters” en S. Turner, D. Shelton, J. Razzaque, O. McIntyre, & J. May (Eds.), *Environmental Rights: The Development of Standards*, Cambridge University Press, 2019, pp. 116-146

Sánchez, Víctor M, “Hacia un entendimiento de la RSE del S. XXI: de Friedman a J. Ruggie” en Víctor M. Sánchez, *Sostenibilidad, competitividad e innovación. Retos y oportunidades para la Responsabilidad Social Empresarial*, Huygens Editorial, Barcelona, 2013, pp. 57-80.

Sánchez, Víctor M. y Ortiz, Aïda, “La aplicación en España del marco europeo de la responsabilidad social de la empresa”, en Joaquin Alcaide y Eulalia W. Petit (ed), *España y la Unión Europea en el orden internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, 2015, pp. 1109- 1120.

Schedler Andreas, "Conceptualizing Accountability" en Andreas Schedler, Larry Diamond, y Marc F. Plattner (ed), en *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Lynne Rienner Publishers, London 1999.

Simons Penelope, “The governance gap: multistakeholder and intergovernmental initiatives” en Penelope Simons y Audrey Macklin, *The Governance Gap: Extractive Industries, Human Rights, and the Home State Advantage*, Routledge, New York, 2014.

Skogly, Sigrun I., “Economic and Social Human Rights, Private Actors and International Obligations” en Michael K. Addo, *Human Rights Standards and the responsibility of transnational corporations*, Kluwer Law International, La Haya, Holanda, 1999, pp. 239-258.

Trigo Portella, J., “Responsabilidad social de la empresa: una difícil fundamentación”, en Víctor M. Sánchez y T. Jiménez, *Sostenibilidad, competitividad e innovación. Retos y oportunidades para la Responsabilidad Social Empresarial*, Huygens Editorial, 2013, pp. 81-90.

Van der Grijp Nivolien et al., “Chapter 14. A comparative analysis of cross-cutting issues” en Mar Campins Eritja (ed), *Sustainability, Labelling and Certification*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp 371-386.

2.3. Otros artículos, informes y libros

Alejos Góngora, Claudia Lucía, “Greenwashing: ser verde o parecerlo” en *Cuadernos de la Cátedra “la Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo*, 2013.

Aguirre Unceta, Rafael, “Recursos naturales y desarrollo: los dilemas de una relación crítica” en *Documento de Trabajo núm. 39*, IUDC-UCM, 2017.

Barclay I, Pellenbarg J, Tettero F, Pfeiffer J, Slater H, Staal T, Stiles D, Tilling G, & Whitney C., “El Principio del Fin: Revisión de las prácticas de abandono y desmantelamiento”, en *Oilfield Review*, 2002, 28-41.

Blench, Roger, *An Atlas of Nigerian Languages*, 3rd edn, Roger Blench, 2012.

Duverne, Daniela, “Petróleo y pobreza en el delta del Níger” en *Contra Relatos desde el Sur. Apuntes sobre África y Medio Oriente*, 2006, Año II, número 2.

Epstein, Paul R. y Selber Jesse (ed), *Oil: a life cycle analysis of its health and environmental impacts*, The Center for Health and the Global Environment Harvard Medical School, Boston, 2002.

Federación Española de municipios y provincias, *Comentarios sobre aspectos clave en materia de acceso a la información pública*, Aranzadi, 2017.

Hutchinson, M. M., “Manufacturing sector resiliency to energy booms: Empirical Evidence from Norway, the Netherlands and the United Kingdom”, en *Bis Working Papers*, num. 13, Bank for International Settlements, Basle, 1990.

Karl, T.L, “Oil-Led Development: Social, Political, and Economic Consequences” en *CDDRL Working Papers*, N° 80, 2007.

Kyle, Jordan, “¿Qué podemos aprender de los contratos petroleros? Los vínculos entre transparencia y rendición de cuentas” en Cruz Vieyra, Juan y Masson, Malaika, *Gobernanza con transparencia en tiempos de abundancia*, BID, 2014, pp. 235-276.

Manzano, O. and Rigobon, R., “Resource curse or debt overhang” en *National Bureau of Economic Research Working Paper 8390*, 2001.

Mariano J.B, Lèbre La Rovere, Emilio, “Environmental impacts of the oil industry”, en *Encyclopedia of Life Support Systems (EOLSS)*, 2000.

Martín Beristain Carlos (et al), *Las palabras de la selva. Estudio psicosocial del impacto de las explotaciones petroleras de Texaco en las comunidades amazónicas de Ecuador*, Hegoa, 2009.

Moliner María, *Diccionario de uso del español*, Editorial Gredos, Madrid, Tercera edición, 2007.

Quak, Evert-jan, *The Impact of State-Investor Contracts on Development, Knowledge, evidence and learning for development programme*, Institute of Development Studies, 2018.

Remacha, Marta, “Compliance, ética y RSC” en *Cuadernos de la Cátedra “la Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo*, núm. 31, 2016.

Rodolfo Morales, José, “¿Qué hay detrás de la Maldición de los Recursos Naturales? Estudio de Caso: Los Países Bajos”, en *Serie Documentos de Trabajo del IUDC-UCM (Premio Luis Miguel Puerto)*, 2012.

Rogawski, Christina, Verhulst, Stefaan y Young Andrew, *Oohio, Uusa: Kkenedy v. City of Zzanesville. Open Data as evidence*, 2016.

Rosser, A., “The political economy of the resource curse: A literature survey”, en *Working Papers series, 268*, Institute for Development Studies, 2006.

Ruggie, John G, *A UN Business and Human Rights Treaty?, Issues Brief*, Harvard University’s Kennedy School of Government, 2014.

Ruggie, John G, *A UN Business and Human Rights Treaty Update*, Harvard University’s Kennedy School of Government, 2014.

Santé Abal, José María y Del Hombrebueno Casado, Miguel Romero, “Nigeria, elenco de conflictos. La insurgencia el en Delta del Níger” en *Documento Análisis, Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2017.

Schedler, Andreas, “¿Qué es la rendición de cuentas?”, en *Cuadernos de transparencia 03*, IFAI, 2008.

Scherer, Andreas Georg and Palazzo, Guido, “The New Political Role of Business in a Globalized World. A Review of a New Perspective on CSR and its Implications for the Firm, Governance, and Democracy”, en *Working Paper Series No. 109*, Institute of Organization and Administrative Science, 2011.

Soreide, Tina “Drivers of Corruption. A brief Review” en *A World Bank Study, International Bank for Reconstruction and Development*, The World Bank, 2014.

Stiglitz, Joseph, “Recursos Naturales, Desarrollo y Democracia”, en *XI Diálogo Democrático* (18 de diciembre 2007). Lima: Grupo Propuesta Ciudadana.

The Economist, *The Dutch Disease*, November 26, 1977, pp. 82-83.

3. Contribuciones a simposios, proyectos, conferencias y seminarios

Bellver Ana y Kaufmann Daniel, “Transparenting Transparency; Initial Empirics and Policy Applications”, Documento de debate preliminar presentado en la *IMF conference on transparency and integrity*, 2005.

Bonet Pérez, J., *Proyecto docente para concurso de cátedra*, Barcelona, 2003.

Cafaggi Fabrizio, “A comparative analysis of transnational private regulation: legitimacy, quality, effectiveness and enforcement”, en el marco del Proyecto de investigación *Private Transnational Regulatory Regimes- Constitutional Foundations and Governance Design*, European University Institute - Department of Law (LAW), Legal Research Paper Series, No. 2014/145, 2014.

Gallego Córcoles, Isabel, La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública” en Proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y Competitividad titulado: *La nueva regulación de la contratación pública: Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos*, DER2015-67102-C2-1-P, 2017, pp. 93-113.

González Esteban, Elsa, “Elementos y estructura de la responsabilidad”, comunicación presentada en la *X Conferencia anual de Ética, Economía y Dirección “Responsabilidad social de las empresas”*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 13 y 14 de junio de 2002.

Hansen, Thomas, "Governing the Extractive Industries: The Extractive Industries Transparency Initiative (EITI) and the Voluntary Principles on Security and Human Rights as Transnational Regimes", artículo presentado en *The annual meeting of the ISA's 50th Annual Convention "Exploring the Past, Anticipating the Future"*, New York Marriott Marquis, New York City, Feb 15, 2009.

Kaplan, Marcos, “Estado, democratización y Gobernabilidad en la globalización: la problemática Latinoamericana” en Valadés, Diego y Gutiérrez, Rodrigo (Coords.), *Democracia y Gobernabilidad. Memorias del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 63, tomo. II.

Wagner, Markus, “Corporate Criminal Liability National and International Responses”, being a Background Paper for the International Society for the Reform of Criminal Law 13th International Conference on “Commercial and Financial Fraud: A Comparative Perspective”, Malta, 8-12 julio de 1999.

FUENTES DOCUMENTALES

4. Organizaciones e Instituciones Internacionales

4.1. Banco Mundial

Fox, T.; Ward, H.; Howard, B., *Public Sector Roles in Strengthening Corporate Social Responsibility: A Baseline Study*, The World Bank, 2002.

Banco Mundial, “Hacia un mejor equilibrio: El Grupo del Banco Mundial y las industrias extractivas”, *Informe final de la reseña de las industrias extractivas*, 2004.

Mazurkiewicz Piotr, *Corporate Environmental Responsibility: Is a common CSR framework possible?* World Bank, 2004.

Halland, Håvard, Lokanc, Martin, y Nair, Arvind, Kannan, Sridar Padmanabhan, *El sector de las industrias extractivas Aspectos esenciales para economistas, profesionales de las finanzas públicas, y responsables de políticas*, Grupo Banco Mundial, 2016.

4.2. Consejo de Europa

Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Carta Social Europea, 1961.

Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. Publicado en: BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570.

Recomendación número R (88) 18 del comité de ministros a los estados miembros relativa a la *responsabilidad de las empresas con personalidad jurídica por delitos*

comprometidos en el ejercicio de sus actividades, aprobado por el Comité de Ministros el 20 de octubre de 1988, en la 420ª reunión.

Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment, Tratado número 150, de 21 de junio de 1993.

Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints, 1995.

Protocolo número 11 al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio (Estrasburgo, 11 de mayo de 1994), BOE núm. 152, de 26 de junio de 1998.

Convention on the Protection of Environment through Criminal Law, Tratado núm. 172, 1998.

Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, 2007.

4.3. Consejo de Estabilidad Financiera

CEF, *Recomendaciones del grupo de trabajo sobre declaraciones financieras relacionadas con el clima*, 2017.

4.4. Corte Penal internacional

Policy paper on case selection and prioritization del Fiscal de la Corte Penal International (Fatou Bensouda), 2016.

4.5. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD)

Social Expenditure, 1980-2003: Interpretative Guide of SOCX, 2007.

Ölcer, Dilan, "Extracting the maximum from the EITI", *Working Paper No. 276*, OECD Development Centre, Research area: Global Development Outlook, 2009.

G20 Leaders' Declaration, St Petersburg, setiembre 2013.

Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, OECD Publishing, Paris, 2013.

Multilateral Competent Authority on Country-by-Country Reporting, aprobado por el Consejo de la OCDE el 15 de julio de 2014.

Gobierno Abierto en América Latina, *Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública*, OECD Publishing, 2015.

Corruption in the Extractive Value Chain: Typology of Risks, Mitigation Measures and Incentives, OECD Development Policy Tools, OECD Publishing, 2016.

Gobierno abierto. Contexto mundial y el camino a seguir. Aspectos clave, 2016.

4.6. Organización de los Estados Americanos

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador", de 17 de noviembre de 1988.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*, OEA/SerieL/V/II.96, doc. 10 rev. 1, Capítulo VIII, 24 de abril de 1997.

CIDH, *Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II, 2015.

4.7. Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, núm. 29.

Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, núm. 87.

Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949, núm. 98.

Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951, núm. 100.

Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957, núm. 105.

Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, núm. 111.

Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo, 1973, núm. 138.

Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social (adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en su 204.^a reunión (Ginebra, noviembre de 1977) y enmendada en sus 279.^a (noviembre de 2000), 295.^a (marzo de 2006) y 329.^a (marzo de 2017) reuniones), GB.329/POL/7.

Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 1989.

Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999, núm. 182.

4.8. Organización Marítima Internacional

Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, adoptado el 29 de noviembre de 1969.

Convenio Relativo a la Responsabilidad Civil en la Esfera del Transporte Marítimo de Materiales Nucleares, 1975.

Protocolo de 2003 relativo al Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1992.

4.9. Organización Mundial del Comercio

Examen de las políticas comerciales, Informe de la Secretaría Noruega, WT/TPR/S/269, 21 de agosto de 2012.

4.10. Organización de las Naciones Unidas

a) Asamblea General de las Naciones Unidas

Resolución 21/A (III), *Declaración Universal de Derechos Humanos*, de 10 de diciembre de 1948.

Resolución 1803 (XVII) *Soberanía permanente sobre los recursos naturales*, de 14 de diciembre de 1962.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, A/RES/2200 A (XXI), 1966.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, A/RES/2200 A (XXI), 1966.

Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, 16 de junio de 1972, Doc. ONU, A/ CONF.48/14/Rev.1, núm. 3, 1973.

Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional, Doc. ONU, A/RES/S-VI/3201, de 1 de mayo de 1974.

Programa de acción sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional, Doc. ONU, A/RES/S-VI/3202, de 1 de mayo de 1974.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Doc. ONU, A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, de 23 de mayo de 1969.

Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Informe de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Principio 10, A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. 1), 1992.

Resolución 40/32 *Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, de 29 de noviembre de 1995.

Convenio Internacional para la represión de la financiación del Terrorismo, Doc. ONU, A/RES/54/109, de 25 de febrero de 2000.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Doc. ONU, A/RES/55/25, de 15 de noviembre de 2001.

Resolución 58/4, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Doc. ONU, A/RES/58/4, de 21 de noviembre de 2003.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Doc. ONU, A/RES/61/295, de 10 de diciembre de 2007.

Resolución 62/274, *Strengthening transparency in industries*, Doc. ONU, A/RES/62/274, de 26 setiembre de 2008.

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Resolución Doc. ONU, A/RES/63/117, de 10 de diciembre de 2008.

Proyecto de documento final de la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015, Doc. ONU, A/69/L.85, de 12 de agosto de 2015.

Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, Doc. ONU, A/RES/70/1, 21 de octubre de 2015.

b) Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional

Informe del comité preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional, doc. ONU, A/ CONF.183/2/Add.1, de 14 de abril de 1998.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Doc. ONU, A/CONF.183/9, de 7 de julio de 1998.

c) Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (antigua Comisión de Derechos Humanos)

Resolución 2001/3, *Efectos de los métodos de trabajo y de las actividades de las empresas transnacionales sobre el disfrute de los derechos humanos*, Doc. ONU E/CN4/SUB.2/RES/2001/3, de 15 de agosto de 2001.

Resolución 2004/116, *Responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*, Doc. ONU, E/CN.4/Res/2004/116, de 20 de abril de 2004.

Human rights and transnational corporations and other business enterprises, Doc. ONU, E/CN.4/Res/2005/69, de 19 de abril de 2005.

Mandate of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, Doc. ONU, A/HRC/RES/8/7, de 18 de junio de 2008.

Resolución 17/4, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, Doc. ONU, A/HRC/RES/17/4, de 6 de julio de 2011.

Informe resumido acerca de la mesa redonda sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, Doc. ONU, A/HRC/23/26, de 18 de abril de 2013.

Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, Doc. ONU, A/HRC/26/29, de 14 de abril de 2014.

Resolución 26/9, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, Doc. ONU, A/HRC/RES/26/9, de 14 de julio de 2014.

Resolución 26/22, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, Doc. ONU, A/HRC/RES/26/22, de 15 de julio de 2014.

Resolución 35/7, *Las empresas y los derechos humanos: mandato del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, Doc. ONU, A/HRC/RES/35/7, de 14 de julio de 2017.

Knox, John H., *Principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente*, Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos, 2018.

d) Comité de derechos humanos

Observación General número 25, *Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto*, 57º período de sesiones, Doc. ONU, HRI/GEN/1/Rev.7 at 194, 1996.

Observación General número 31, *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, de 26 mayo de 2004.

Observación general número 34, *el Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión*, CCPR/C/GC/34, de 12 de septiembre de 2011.

e) Comisión Económica para América Latina y Caribe (CEPAL)

Altomonte, Hugo y Sánchez, Ricardo J., *Hacia una nueva gobernanza de los recursos naturales en América Latina y el Caribe*, Libros de la CEPAL, núm. 139 (LC/G.2679-P), CEPAL, 2016.

Campodónico, Humberto, *Reformas e inversión en la industria de hidrocarburos de América Latina*, CEPAL, 2004.

Campodónico, Humberto. “Gestión Mixta y Privada en la industria de Hidrocarburos”, División de Recursos Naturales a Infraestructura Proyecto CEPAL/GTZ, en *Serie Revisa Recursos Naturales a Infraestructura* núm. 122, abril de 2007.

Rodas, Mauricio, “Cláusulas ambientales y de inversión extranjera directa en los tratados de libre comercio suscritos por México y Chile”, en *Serie medio ambiente y*

desarrollo 78, CEPAL, División de Desarrollo Sostenible y Asentamientos Humanos, 2003.

f) Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa

Convenio de Aarhus (adoptado en la Conferencia Ministerial “Medio Ambiente para Europa” celebrada en Aarhus, Dinamarca) 25 de junio de 1998. BOE publicación del tratado y fecha de entrada en vigor España. Instrumento de Ratificación del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus (Dinamarca), el 25 de junio de 1998. BOE núm. 40, de 16 de febrero de 2005, páginas 5535 a 5547.

g) Comisión de empresas transnacionales

Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, Doc. ONU, E/C.10/1982/6, de 5 de junio de 1982.

h) Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

World Investment Report 2005: Transnational Corporations and the internalization of R&D, 2005.

World Investment Report 2011: Non-Equity Modes of International Production and Development, 2011.

Sigam, Claudine y Garcia, Leonardo, *Extractive Industries: Optimizing Value Retention in Host Countries*, UNCTAD, 2012.

Corporate Social Responsibility in Global Value Chains, UNCTAD/DIAE/ED/2012/3, 2012.

World Investment Report 2013: Global Value Chains: Investment and Trade for Development, 2013.

Investment policy framework for sustainable development, 2015.

World Investment Report 2016: Investor Nationality: Policy Challenges, 2016.

i) Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo

El futuro que queremos, Doc. ONU, A/CONF.216/L.1, de 19 de junio 2012.

j) Consejo Económico y Social

Los efectos de las corporaciones multinacionales en el proceso de desarrollo y de las relaciones internacionales, Doc. ONU, E/RES/1721 (LIII), de 2 de julio de 1972.

The impact of multinational corporations on the development process and on international relations: report of the group of eminent persons to study the role of multinational corporations on development and on international relations, Doc. ONU, E/5500/Add 1, Parte 1, de 24 mayo 1974.

Efectos de las empresas multinacionales en el desarrollo y en las relaciones, Doc. ONU, E/5500/Rev.1/, de 24 de mayo de 1974.

Los efectos de las corporaciones multinacionales en el proceso de desarrollo y de las relaciones internacionales, Doc. ONU, E/RES/1908(LVII), de 2 de agosto de 1974.

Proyecto de Código de Conducta de Naciones Unidas para Empresas Transnacionales, Doc. ONU, E/1990/94, de 12 de junio de 1990.

Informe del Grupo de Trabajo del período de sesiones encargado de examinar los métodos de trabajo y las actividades de las empresas transnacionales sobre su primer período de sesiones, Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/1999/9, de 12 de agosto de 1999.

Draft Universal Human Rights Guidelines for Companies, Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/2001/WG.2/WP.1/Add.2, de 31 de mayo de 2001.

Informe del Grupo de Trabajo del período de sesiones sobre los métodos de trabajo y las actividades de las empresas transnacionales sobre su tercer período de sesiones, Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/2001/9, de 14 de agosto de 2001.

Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Doc. ONU, E/CN.4/2003/90, de 21 de enero de 2003.

Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, de 26 de agosto de 2003.

Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales

en la esfera de los derechos humanos, Doc. ONU, E/CN.4/2005/91, de 15 de febrero de 2005.

k) Consejo de Seguridad

Resolución 827, *Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991*, de 25 de mayo de 1993.

Resolución 955 por la que se crea un *Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales perpetrados en Ruanda*, de 8 de noviembre de 1994.

Informe del Secretario General sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, Doc. ONU, S/2004/616, 3 de agosto de 2004.

l) Departamento de Asuntos Económicos y Sociales

Corporaciones Multinacionales en el Desarrollo Mundial, Doc. ONU, ST/ECA/190, 1973.

m) Economic and Social Commission for Asia and the Pacific

Yap Kioe Sheng, *What is Good Governance?*, Economic and Social Commission for Asia and the Pacific, 2009.

n) Equipo Marco Interinstitucional para la Acción Preventiva de las Naciones Unidas

Kaye Josie Lianna y Yahya Mohamed (ed), *Kit de herramientas y orientación para la prevención y Gestión de conflictos de tierras y recursos naturales; Industrias extractivas y conflicto*, Equipo Marco Interinstitucional para la Acción Preventiva de la ONU, 2008.

o) Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas

Informe sobre la Consulta regional para América Latina y el Caribe: Políticas públicas para la implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, Doc. ONU, A/HRC/32/45/Add.4, de 9 de junio de 2016.

p) Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos

Zero Draft, Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises, de 16 de julio de 2018.

Informe del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos sobre su cuarto período de sesiones, Doc. ONU, A/HRC/40/48, 2 de enero de 2019.

Draft optional protocol to the legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises, 16 de julio de 2019.

Informe sobre el séptimo período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humano, Doc. ONU, A/HRC/49/65, de 29 de diciembre de 2021.

q) Instituto de Investigación de las Naciones Unidas para el Desarrollo Social

Utting, Peter, “Business Responsibility for Sustainable Development”, en *Occasional Paper n.º 2*, UNRISD, 2000.

Utting, Peter, “Regulating business by multistakeholder initiatives: a preliminary assessment”, en *Voluntary Approaches to Corporate Responsibility*, UNRISD/UN-NGLS, 2002.

r) Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo

PNUD, *Las industrias extractivas y los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, 2015.

Jahan, Selim (dir), *Índices e indicadores de desarrollo humano. Actualización estadística de 2018*, PNUD, 2018.

Conceição, Pedro (dir), *Human Development Report 2019. Beyond income, beyond averages, beyond today: Inequalities in human development in the 21st century*, PNUD, 2019.

s) Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, Doc. ONU, E-CN 2004/116, de 4 de diciembre de 2004.

Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo, 2006.

Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, 2011.

Poverty Reduction and Sustainable Development: Health, Food and Water. A Background Paper, World Summit on Sustainable Development Johannesburg, 26 August – 4 September, 2002.

t) Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

Impulsar el desarrollo sostenible mediante el acceso a la información: aspectos destacados de la labor de seguimiento y presentación de informes realizada por la UNESCO en 2019 sobre el indicador 16.10.2 de los ODS, 2019.

u) Organización Marítima Internacional

Convenio relativo a la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de materiales nucleares, de 1971, publicado en el BOE número 199, de 20 de agosto 1975.

v) Programa de Naciones Unidas para el Medio ambiente

Industry and environment and E&P Forum, Environmental management in oil and gas exploration and production, 1997.

Del conflicto a la consolidación de la paz: la función de los recursos naturales y el medio ambiente, 2009.

w) Relator Especial sobre derechos humanos y medio ambiente

Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox, Doc. ONU, A/HRC/22/43, 2012.

Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox, Doc. ONU, /HRC/37/59, de 24 de enero de 2018.

x) Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Industrias extractivas que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos, Doc. ONU, A/HRC/18/35, de 11 de julio de 2011.

Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, Doc. ONU, A/HRC/21/47, de 6 de julio de 2012.

y) Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.

Interim report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, Doc. ONU, E/CN.4/2006/97, de 22 de febrero de 2006.

Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, Doc. ONU, A/HRC/4/74, de 5 de febrero de 2007.

Business recognition of human rights: Global patterns, regional and sectoral variations, Doc. ONU, A/HRC/4/35/Add.4, de 8 de febrero de 2007.

State responsibilities to regulate and adjudicate corporate activities under the United Nations core human rights treaties: an overview of treaty body commentaries, Doc. ONU, A/HRC/4/35/Add.1, de 13 de febrero de 2007.

Corporate responsibility under international law and issues in extraterritorial regulation: summary of legal workshops, Doc. ONU, A/HRC/4/35/Add.2, de 15 de febrero de 2007.

Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, Doc. ONU, A/HRC/4/35, 19 de febrero de 2007.

Human rights policies and management practices: results from questionnaire surveys of Governments and the Fortune Global 500 firms, Doc. ONU, A/HRC/4/35/Add.3, de 28 de febrero de 2007.

Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las empresas y los derechos humanos*, Doc. ONU, A/HRC/8/5, de 7 de abril de 2008.

Summary of five multi-stakeholder consultations, Doc. ONU, A/HRC/8/5/Add.1, de 23 de abril de 2008.

Clarifying the Concepts of “Sphere of influence” and “Complicity”, Doc. ONU, A/HRC/8/16, de 15 de mayo de 2008.

Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, Doc. ONU A/HRC/11/13, de 22 de abril de 2009.

State obligations to provide access to remedy for human rights abuses by third parties, including business, Doc. ONU, A/HRC/11/13/Add.1, de 15 mayo de 2009.

Corporations and human rights: a survey of the scope and patterns of alleged corporate-related human rights abuse, Doc. ONU, A/HRC/8/5/Add.2, de 23 de mayo de 2008.

Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, Doc. ONU, A/HRC/14/27, de 9 de abril de 2010.

Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, Doc. ONU, A/HRC/17/31, de 21 de marzo de 2011.

Addendum - Human Rights and Corporate Law: Trends and Observations from a Cross-National Study conducted by the Special Representative, Doc. ONU, A/HRC/17/31/Add.2, de 23 mayo de 2011.

Addendum - Piloting principles for effective company-stakeholder grievance mechanisms: A report of lessons learned, Doc. ONU, A/HRC/17/31/Add.1, de 24 mayo de 2011.

Addendum - Principles for Responsible Contracts: Integrating the management of human rights risks into State-investor contract negotiations - Guidance for negotiators, Doc. ONU, A/HRC/17/31/Add.3, de 25 mayo de 2011.

z) Subcomisión para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos

Resolución 1998/8, *Relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo, y los métodos de trabajo y las actividades de las empresas transnacionales*, de 20 de agosto de 1998.

Eide, A, *Corporations, states and human Rights; A note on responsibilities and procedures for implementation and compliance*, Comisión de Derechos Humanos, Sub-Comisión de Promoción y Protección de derechos humanos. Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/2001/WG.2/WP.2, marzo 2001.

Las Normas sobre responsabilidades de las empresas transnacionales y otras entidades comerciales en materia de Derechos Humanos, Doc. ONU, E/CN.4/Sub2/2003/12/Rev.2, de 26 agosto 2003.

aa) Otros documentos de la Organización de las Naciones Unidas

Yearbook of the International Law Commission, Vol. I, A/CN.4/SERA/1964, de 11 May-24 July 1964.

Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1964. Vol. II, *Tercer Informe sobre el Derecho de los Tratados*, por Sir Humphrey Waldock, Relator Especial, A/CN.4/167 y Add. 1-3, de 7 de julio de 1964.

4.11. Organización para la Unidad Africana

Convención de Bamako sobre la prohibición de la importación a África y la fiscalización de los movimientos transfronterizos y el manejo dentro de África de desechos peligrosos, 31 ILM, 29 de enero de 1991.

4.12. Unión Africana

Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), aprobada el 27 de julio de 1981.

Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa, 2003.

African Union Conference of Ministers Responsible for Mineral Resources Development, *Addis Ababa Declaration on Development and Management of Africa's Mineral Resources*, Addis Ababa, Ethiopia, octubre 2008.

4.13. Unión Europea

a) Comisión Europea

Libro Verde: *La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro*, de 27 de noviembre de 1996.

Comunicación interpretativa sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, COM (2001) 566 final, DOCE, C 333/27, 28.11.2001.

La responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible, COM (2002) 347 final, 2002.

Adquisiciones sociales Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas, 2010.

Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, COM (2010) 2020 final, 2010.

Libro Verde, *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, COM (2001), 2011.

Best Practices for antitrust proceedings and the submission of economic evidence and the enhanced role of the Hearing Officer, 2011.

Guidance on the role of the Hearing Officers in the context of antitrust proceedings, 2011.

Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas, COM (2011) 681 final, de 25 de octubre de 2012.

European Commission, *Oil and Gas Sector Guide on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, 2013.

Trade for All. Towards a more responsible trade and investment Policy, 2015.

Reflection paper towards a sustainable Europe by 2030, COM (2019) 22, 30 de enero 2019.

a) Parlamento Europeo

Informe sobre la responsabilidad social de las empresas en los acuerdos de comercio internacional, 2009/2201(INI), de 11 de noviembre de 2010.

Informe sobre la futura política europea en materia de inversiones extranjeras (2010/2203(INI), de 22 de marzo de 2011.

Howitt, Richard, *Informe sobre la responsabilidad social de las empresas: promover los intereses de la sociedad y un camino hacia la recuperación sostenible e integradora* (2012/2097(INI)), A7-0023/2013.

Baldassarre, Raffaele, *Informe sobre responsabilidad social de las empresas: comportamiento responsable y transparente de las empresas y crecimiento sostenible* (2012/2098(INI)), A7-0017/2013.

Buger Julian, *Indigenous Peoples, Extractive Industries and Human Rights*, EXPO/B/DROI/2013/23, 2014.

Grieger Gisela, *Briefing, The Extractive Industries Transparency Initiative: state of play*, European Parliamentary Group Research, 2014.

b) Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea

Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, C 83/49, 2010.

Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, de 31 de marzo de 2004.

Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, de 31 de marzo de 2004.

Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), de 11 de mayo de 2005.

Diario Oficial de la Unión Europea, *Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, 2007/C 306/01, 17 de diciembre de 2007.

Regulation (EU) No 995/2010 of the European Parliament and of the Council laying down the obligations of operators who place timber and timber products on the market (and details provided by EC Implementing Regulation 607/2012), of 20 October 2010.

Reglamento (UE) núm. 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países, L 351/40, 20/12/2012, de 12 de diciembre de 2012.

Reglamento (UE) núm. 978/2012 del Parlamento Europeo y Del Consejo, por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas y se deroga el Reglamento (CE) núm. 732/2008 del Consejo, de 25 de octubre de 2012.

Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, de 26 de febrero de 2014.

Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, de 22 de octubre de 2014.

Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, OJ L 119, de 27 de abril de 2016.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, C 202/389, 7 de junio de 2016.

Regulation (Eu) 2017/821 of the European Parliament and of the Council laying down supply chain due diligence obligations for Union importers of tin, tantalum and tungsten, their ores, and gold originating from conflict-affected and high-risk areas, of 17 May 2017.

Directiva 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, de 17 de junio de 2017.

5. Iniciativas Voluntarias

5.1. Corporación Financiera Internacional del Banco Mundial

IFC, *Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social*, 2012.

IFC, *Guías sobre medio ambiente, salud y seguridad para las plantas de energía térmica*, 2018.

5.2. Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas

EITI, *Capítulo I: Implementación del Estándar EITI*, 2003.

The Extractive Industries Transparency Initiative Discussion Paper for International Stakeholders Meeting, 11-12 February 2003.

Report of the Extractive Industries Transparency Initiative (EITI) London Conference, 17 June 2003.

EITI, *Report of the EITI International Advisory Group*, , 2006.

- EITI, *El Estándar del EITI 2013*, Secretaría Internacional del EITI, Oslo, 2013.
- EITI, *Guía Empresarial. Cómo las compañías pueden apoyar la implementación del EITI*, 2013.
- EITI, *Guía para el apoyo corporativo a procesos EITI nacionales*, 2014.
- EITI, *Supporting Countries Sub-Constituency Guidelines*, 2015.
- EITI, *El Estándar del EITI 2016*, Secretaría Internacional del EITI, Oslo, 2016.
- EITI, *EITI Progress Report 2016*, 2016.
- EITI, *Nota guía 2 – Requisito 1.5. Desarrollar un plan de trabajo del EITI*, 2016.
- EITI, *Registro de Miembros EITI 2019-2022*, 2016.
- EITI, *Fomentando la divulgación sistemática*, 2018.
- EITI, *Nota guía 13 sobre la definición de materialidad, los umbrales y las entidades declarantes*, 2016.
- EITI, *Nota guía 14 sobre el establecimiento y la gobernanza de los grupos de multipartícipes*, 2018.
- EITI, *Decisión número 2018-8/BM-39*, 2018.
- EITI, *EITI constituency consultation recommendations. Decision reference: 2018-17/BM-39/BP-39-6*, 2018.
- EITI, *Decisión 2018-08/BM-39 (Recomendación 7)*, 2018.
- EITI, *Contract Transparency in Oil, Gas and Mining Opportunities for EITI Countries*, 2018.
- EITI, *Directrices preliminares para los grupos: organizaciones de la sociedad civil*, 2018.
- EITI, *El Estándar del EITI 2019*, Secretaría Internacional del EITI, Oslo, 2019.
- EITI, *Directrices para el grupo de la sociedad civil*, 2019.
- EITI, *Guía para la Validación EITI*, 2019.
- EITI, *Informe de Progreso 2019*, 2019.
- EITI, *Decisión 2019-37/BC-272*, 2019.

EITI, *Factsheet*, 2019.

EITI, *Decisión 2020-90/BC-300, EITI's Strategic Priorities 2021-2022*, EITI, 2020.

EITI, *Members of the EITI Association: 2019-2022*

EITI, *Manual del Consejo*, 2020

EITI, *EITI's Strategic Priorities 2021-2022*, 2021.

Documentos EITI por países: Nigeria y Colombia

i) Colombia

Informe EITI-Colombia 2013.

EITI Colombia, *Formulario de solicitud de Candidatura al EITI*, 2014.

EITI Colombia, *Informe EITI Colombia 2013*, 2015.

EITI Colombia, *Informe EITI Colombia, Marco Legal y Régimen Fiscal*, 4ª Edición, 2017.

EITI Colombia, *Plan de Acción Nacional 2014-2017*, 2017.

EITI Colombia, *Plan de Acción Nacional, 2017-2019*, Secretaría Nacional, 2017.

EITI, *Secretariado Internacional del EITI, Validación de Colombia Informe sobre recopilación inicial de datos y consulta a partes interesadas*, 2018.

EITI Colombia, *Informe Anual de Gestión y Progreso EITI 2017*, 2018.

EITI Colombia, *III Plan Nacional 2020-2023*, 2020.

EITI Colombia, *Informe EITI Colombia*, vigencia 2019, 2020.

ii) Nigeria

NEITI, *Open Data Policy*, 2016.

EITI, *Validation of Nigeria Report on initial data collection and stakeholder consultation by the EITI International Secretariat*, 2016.

NEITI, *Policy Brief, The Urgency of a New Action Points Petroleum Sector Law, Issue 02 / october 2016*.

EITI, *Second Validation of Nigeria Draft assessment by the EITI International Secretariat*, 2018.

NEITI, *Country Work Plan*, 2019.

NEITI, *Full report oil and gas industry audit report 2018*, 2019.

iii) Documentos e informes de otros países implementadores del EITI

Ph-EITI, *Forging New Frontiers: The Fifth PH-EITI Report 2017*, 2018.

EITI Perú, *Sexto Informe Nacional de Transparencia de las Industrias Extractivas (Sexto Estudio de Conciliación Nacional- EITI Perú) Períodos 2015 y 2016*, 2018.

EITI Indonesia, *EITI Indonesia Report*, 2016, 2018.

EITI Kazakhstan, *Implementation of the extractive industry transparency Initiative in the Republic of Kazakhstan. National Report 2017*, 2018.

EITI Albania, *Extractive Industries Transparency Initiative in Albania. Report for the year 2016*, 2018.

SLEITI, *2015 EITI Report*, 2018.

EITI Mongolia, *2018 EITI Report*, 2019.

LEITI, *EITI Report for the year ended 30 June 2017 and 30 June 2018*, 2019.

MEITI, *Myanmar EITI Annual Progress Report 2018-2019*, 2019.

GHEITI, *Final Report For 2017 & 2018 Oil and Gas Sector*, 2019.

ZEITI, *Zambia Extractive Industries Transparency Initiative, 10th Zambia EITI Report*, 2019.

Mongolia Extractive Industries Transparency Initiative 2018 EITI Report, 2019.

EITI Camerún, *EITI REPORT 2017*, 2020.

EITI Ukraine, *National Report of Ukraine 2017*, 2020.

EITI Tanzania, *The 10th Report 2018*, 2020.

EITI República Dominicana, *Informe de cotejo del Administrador independiente 2017-2018*, 2020.

AEITI, *Annual Progress Report*, 2020.

UK EITI, *Multi-Stakeholder Group, Terms of Reference*, 2020.

5.3. Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos

Los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos, 2000.

VPs, *Governance Rules*, 2019.

5.4. Pacto Mundial y Red Española del Pacto Mundial

Global Compact, GRI Standards y WBCSD, SDG Compass, *La guía para la acción empresarial en los ODS*, 2016.

Pacto Mundial. Red Española, *El sector privado ante los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Guía práctica para la acción*, 2016.

6. Documentos de organizaciones de la sociedad civil y otros actores

5 The Alliance for Corporate Transparency, *2018 Research Report*, 2019.

Agencia Internacional de la Energía, *World Energy Outlook*, 2019.

Amnistía Internacional, *Para que nadie reclame nada ¿criminalización del derecho a la protesta en Ecuador?*, 2012.

Amnistía internacional, *Declaración pública, Amnistía Internacional se retira de los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos*, Índice AI: IOR 40/003/2013, de 3 de junio de 2013.

Arias Villa, Eduardo (edición), *Índice de transparencia departamental. Gobernaciones y contralorías. Resultados 2015-2016, Colección de documentos, observatorio de integridad 18*, 2017.

Arias Villa, Eduardo (edición), *15 años de hallazgos a la institucionalidad colombiana. Índice de transparencia de las entidades públicas*, Transparencia por Colombia, 2017.

Article 19, *The Right to Information and Natural Resources in Myanmar*, 2019.

Asociación Colombia del petróleo, *Informe económico, Meta, Casanare y Santander, principales motores del PIB petrolero en Colombia. Análisis del PIB departamental 2015*, 2016.

Castilla Vida, Alberto, *III Informe Comparativo de los EINF del selectivo español*, EY, 2020.

BP, *Statistical Review of World Energy*, 2018.

BP, *Statistical Review of World Energy*, 2019.

Choudry, Aziz, *Beware the Wolf at the Door*, MAC, 2003.

Civicus, *Civic space under threat in extractive industries transparency initiative countries*, 2017.

CIVICUS and Nigeria Network of NGOs, (Federal Republic of Nigeria), *Joint Submission to the UN Universal Periodic Review. 31st Session of the UPR Working Group*, marzo 2018.

CIVICUS, *People Power Under Attack*, 2019

CIVICUS, *El poder ciudadano bajo ataque*, 2021.

Club de Excelencia en sostenibilidad, Endesa, *Guía de buenas prácticas para la gestión del CO₂ en la empresa*, 2018.

Corporate Human Rights Benchmark, *2019 Key Findings: Apparel, Agricultural Products and Extractive Companies*, 2018.

Cruz Vieyra, Juan, *Gobernanza con transparencia en tiempos de incertidumbre. Mejores prácticas y apuestas estratégicas para el sector extractivo*, Banco Interamericano de Desarrollo, 2019.

Dane, *Población indígena de Colombia. Resultados del censo nacional de población y vivienda 2018*, 2019.

Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR, ed.), *Informe regional de transparencia y acceso a la información en industrias extractivas en América Latina y el Caribe*, 2018.

Ecoact, *Integrando la estrategia climática en el negocio: una guía completa sobre las recomendaciones del TCFD*, 2020.

Ecopetrol S.A., Unidad de Comunicaciones Corporativas de Ecopetrol, *El petróleo y su mundo*, 2014.

Fundación Bancaria "la Caixa", *Más de 100 años. Obra Social "La Caixa": Compromiso, ayer hoy y siempre*, 2016.

García Varela Paloma y Borja Segade Carmen Borja Segade, “El EBDH: una nueva mirada al desarrollo y a los derechos humanos” en Institut de Drets Humans de Catalunya, *Derechos Humanos y Desarrollo; El Enfoque Basado en Derechos Humanos en la Cooperación al Desarrollo*, Barcelona, 2014.

Gillies, Alexandra. *U4 Brief. Reforming corruption out of Nigerian oil? Part two: Progress and prospects*, Chr. Michelsen Institute (U4 Brief number 6), 2009, pp. 1-4.

GIZ, *The Nigerian Energy Sector an Overview with a Special Emphasis on Renewable Energy, Energy Efficiency and Rural Electrification*, 2015.

Global Witness, *A crude Awakening: the role of the Oil and Banking Industries in Angola's Civil War and the Plunder os State Assets*, 1999.

Greenpeace, *Greenwash +20. Cómo las grandes empresas se interponen en el camino hacia el desarrollo sostenible*, 2012.

Hernández Bonivento, José, *Mecanismo de Revisión Independiente: Informe de fin de término de Colombia 2015-2017*, 2017.

Human Rights Watch, *A new Accountability Agenda. Human Rights and the Extractive Industries Transparency Initiative*, 2013.

Institute for Multi-Stakeholder Initiative Integrity, *2013 MSI Evaluation Report, Extractives Industries Transparency Initiative*, Working Report, 2013.

Institute for Multi-Stakeholder Initiative Integrity, *Protecting the Cornerstone: Assessing the Governance of EITI Multi-Stakeholder Groups*, 2014.

International Accounting Standards Board, *The conceptual framework for financial reporting 2010*, IFRS, 2010.

International Federation of Human Rights, International Comission of Jurists y Human Rights Watch, *Joint civil statement on business and human rights to the 17th session of the UN Human Rights Council*, Ginebra, 15 junio 2011.

Iyonu, Ann, *Independent Reporting Mechanism (IRM): Nigeria Design Report 2017–2019*, 2020.

KPMG, *Informe de KPMG sobre el despliegue de los programas de compliance. Terminando de documentar el modelo y los procesos de diligencia debida*, 2016.

KPMG, *Deep Offshore and Inland Basin PSC (Amendment) Act, 2019*, KPMG in Nigeria, Issue 12.3 | December 2019.

KPMG, *Nigerian Oil and Gas Update, Quarterly Newsletter*, First Edition, abril 2019.

Lee, Linda-Eling (et all), *2021 ESG Trends to Watch*, 2020.

Lee, Mark (et all), *What's new in Sustainable Business? 2021 Sustainability Trends report*, ERM, 2021.

Manby Bronwen, *The Price of Oil; Corporate Responsibility and Human Rights Violations in Nigeria's Oil Producing Communities*, informe redactado para Human Rights Watch, 1999.

Manifiesto *Ética Económica Global*, proclamado en la sede las Naciones Unidas en New York, el 6 de octubre de 2009.

McLennan, Marsh (et all), *The Global Risks Report 2021*, 16th Edition, 2021.

Natural Resource Governance Institute, *Índice de la Gobernanza de los Recursos Naturales. Una evaluación de la transparencia y rendición de cuentas en los sectores petrolero, gasífero y minero*, 2013.

Natural Resource Governance Institute, *Tanzania's 2015 Extractive Sector Legislation: Recommendations for Effective Implementation, Briefing*, November 2016.

Natural Resource Governance Institute, *Índice de la Gobernanza de los Recursos Naturales*, 2017.

Novact, Servei Civil Internacional y Nexes, *Guía para la protección y la promoción de los derechos humanos en la contratación pública*, 2017.

Observatorio de RSE, *La responsabilidad social corporativa en las memorias anuales del IBEX 35. Análisis del ejercicio 2017*, 2018.

Observatorio de RSE, *La responsabilidad social corporativa en las memorias anuales del IBEX 35. Análisis del ejercicio 2019*, 2020.

Observatorio de RSE, *La responsabilidad social corporativa en las memorias anuales del IBEX 35. Análisis del ejercicio 2020*, 2021.

- OPEC, *Annual Statistical Bulletin*, 2016.
- OPEC, *Annual Statistical Bulletin*, 2019.
- Open Government Partnership, *Plan de Acción 2015-2017 Colombia*, 2015.
- Open Government Partnership, *OGP Nigeria National Action Plan (2017-2019)*, 2017.
- Open Government Partnership, *OGP Nigeria National Action Plan II (2019 - 2021)*, 2019.
- Open Government Partnership, *Nigeria Design Report 2017-2019*, 2020.
- Rojas Forero, Claudia, *El acceso a la información pública en Colombia*, FLIP, 2011.
- Rubin, J. y Tal, B., “How important are transport costs for international trade” en *CIBC World Markets*, 2008.
- Saunders, Adelia, *Las Normas de la EITI 2011: una Guía para la Sociedad Civil*, Documento Informativo, Revenue Watch Institute, 2011.
- Scanteam, *Achievements and strategic Options: Evaluation of the Extractive Industries Transparency Initiative*, 2011.
- Serna Gómez, Humberto, *Caso Ecopetrol. De la planeación a la ejecución, un proceso estratégico. periodo 2001-2010*, Grupo SUMAR, Centro de Investigación CIDE.
- Shaxson, Nicholas, “Nigeria’s Extractive Industries Transparency Initiative Just a Glorious Audit?”, en *Royal Institute of International Affairs*, 2009.
- Shift y Mazars, *The UN Guiding Principles Reporting Framework*, 2017.
- Statement of the Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) on Extractive Industries and Human Rights in Africa at the 51st Ordinary Session of the African Commission on Human and Peoples’ Rights*, 18 April- 2 May 2012, Banjul, Gambia.
- Synergy Global Consulting Ltd y The IDL Group, *Validation of the Extractive Industries Transparency Initiative in Nigeria. Final Report*, 2010.

Threlfall Richard (et al), *The time has come, The KPMG Survey of Sustainability Reporting 2020*, KPMG, 2020.

Unidad de Planeación Minero-Energética, *Evaluación de la contribución económica del sector de hidrocarburos colombiano frente a diversos escenarios de producción*, 2015

Van Oranje Mabel y Parham Henry, *Publishing what we learned: An Assessment of the Publish What You Pay Coalition*, 2009.

Velásquez Carrillo, Fabio E. (coord.), *El sector extractivo en Colombia*, Fundación Foro Nacional por Colombia, 2011.

Velásquez, Fabio E., Martínez, Mario F., y Peña, Juliana, *La Agenda de la Sociedad Civil frente a las Industrias Extractivas en Colombia*, Natural Resource Governance Institute, Foro Nacional por Colombia, 2018.

7. Miscelánea

a) Acuerdos Internacionales de Inversión

Free Trade Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Republic of Korea, of the other part, DOUE L127, Vol. 54, 14 de mayo de 2011.

Free Trade Agreement Between the EFTA States and Montenegro, 14 de noviembre de 2011.

Gobierno de Canadá, *Estrategia Mejorada de Responsabilidad Social Corporativa de Canadá para Fortalecer al Sector Extractivo Canadiense en el Extranjero*: “Modelo de negocios canadiense: Estrategia para promover la responsabilidad social corporativa en el sector extractivo canadiense en el extranjero”, 2014.

Agreement between the Government of Canada and the Government of Burkina Faso for the Promotion and Protection of Investments, 20 de abril de 2015.

Acuerdo de cooperación y de facilitación de inversiones entre la República Federativa de Brasil y la República del Ecuador, firmado el 25 de setiembre de 2019.

Investment cooperation and facilitation treaty between the Federative Republic of Brazil and the Republic of India, firmado el 25 de enero de 2020.

b) Guías sobre compra sostenible

Diputación de Córdoba, Delegación de Medio Ambiente y Promoción Agropecuaria, *Guía Práctica para el desarrollo de la Contratación Pública Sostenible. Sostenibilidad en las compras y contrataciones públicas paso a paso*, 2009.

Gobierno de Navarra, Santiago Lesmes Zabalegui, *Guía para incorporar la perspectiva de género en las subvenciones y los contratos públicos*, 2009.

Lesmes Zabalegui, S., *Guía para la incorporación de cláusulas sociales relacionadas con la igualdad de mujeres y hombres en los contratos públicos y en las subvenciones públicas de la Diputación Foral de Gipuzkoa*, Diputación Foral de Gipuzkoa, 2011.

Generalitat de Catalunya, Departamento de Economía y Finanzas. Junta Consultiva de Contratación Administrativa, *Guía para la inclusión de cláusulas contractuales de carácter social*, 2010, (versión revisada 2014).

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Dirección General para la Igualdad de Oportunidades, Instituto de la Mujer, *Guía para la incorporación de cláusulas de género en las convocatorias de subvenciones de I+D+i*, 2014.

Gobierno Vasco, Santiago Lesmes Zabalegui y Leire Alvarez de Eulate Bada, *Guía de Contratación Pública Socialmente Responsable*, 2016.

Guía práctica para la inclusión de la Responsabilidad Social en la contratación y en subvenciones de la Generalitat y su sector público, Generalitat Valenciana, 2016, Diario oficial de la Generalidad Valenciana núm. 7852 de 17.08.2016 y en el Diario oficial de la Generalidad Valenciana núm. 7864 de 02.09.2016 de corrección de errores.

Ayuntamiento de Barcelona, *Guía de contratación pública social*, 2016.

c) Legislación y otras normas y decisiones

Déclaration des Droit de l'Homme et du Citoyen, 1789.

Constitution of the Republic of Indonesia, 1945.

Laws of the Federation of Nigeria, *Official Secrets Act*, 1962, Nigeria.

Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, de 1 de julio, BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.

Environmental Impact Assessment Act (Decree, No. 86 of 1992).

Constitution of the Federal Republic of Nigeria, 1999.

Legislative Decree No. 231/2001 for Administrative Criminal Liability, Italy, 2001.

Ley General de Subvenciones 38/2003 de 17 de noviembre, BOE núm. 276, de 18 de noviembre de 2003.

National Oil Spill Detection Response Agency Act (No. 15 of 2006).

NEITI Act 2007.

National Environmental Standards and Regulations Enforcement Agency Act, de 2007.

Constitution of the Republic of Senegal, 2010, As Amended to Constitutional Law No. 2009-22 of 19 June 2009.

Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), Estados Unidos, 2010.

Real Decreto Legislativo 1/2010 por el que se aprueba el texto refundido de la *Ley de Sociedades de Capital*, de 2 de julio de 2010.

Acuerdo de 29 de abril de 2011, del Consell por el que se impulsan medidas de ahorro energético y utilización racional de los recursos en la gestión de la administración de la Generalitat.

Laws of the Federation of Nigeria, *Freedom of Information Bill*, 2011.

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, (Ley 1437 de 2011), 2011, Colombia.

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2011, páginas 117729 a 117914.

Laws of the Federation of Nigeria, *Petroleum Industry Bill*, 2012.

Ayuntamiento de Castellón, *Instrucción para la inclusión de criterios sociales en la contratación pública del Ayuntamiento de Castellón*, aprobada el 18 de mayo de 2012.

Ley 19/2013, de 9 de diciembre, *de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013.

Ley 7/2014, de 13 de noviembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad en Castilla-La Mancha, Diario Oficial de Castilla-La Mancha núm. 233 de 02 de diciembre de 2014.

Ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional y otras disposiciones (LEY 1712 DE 2014), Colombia, 2014.

Decreto Número 2041 de 2014, Colombia

Decreto Número 103 de 2015, Colombia.

Decreto Número 1081 de 2015, Colombia.

Decreto Número 1082 de 2015, Colombia, 2015.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la *Ley Orgánica 10/1995*, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

Acuerdo de 27 de marzo de 2015, del Consell por el que se establecen directrices para la aplicación de cláusulas de carácter social en la contratación de la Administración de la Generalitat y su sector público.

The Tanzania Extractive Industries Act, 2015 TEITA Act, 2015.

Ley de Estatutaria de Participación Ciudadana (Ley 1757/2015), Colombia, 2015.

Resolución 3564 del Ministerio de Tecnologías de la Información y las comunicaciones, Colombia, 2015.

ORDEN 8/2015, de 3 de diciembre, de la Conselleria de Agricultura, Medio Ambiente, Cambio Climático y Desarrollo Rural, por la que se establecen las bases reguladoras y la convocatoria de ayudas destinadas a reparar los efectos producidos por la sequía en el cultivo del almendro en el ámbito de la Comunitat Valenciana para los ejercicios 2015 y 2016, Diario oficial de la Generalidad Valenciana núm. 7679 de 16 de diciembre de 2015.

Modern Slavery Act 2015, Provision 54, Transparency in Supply Chains, UK, 2015.

Decree-Law N. 43/2016, Timor Oriental, 2016.

Circular 1/2016, sobre la *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015*.

Ayuntamiento de Madrid, *Instrucción 1/2016 relativa a la incorporación de cláusulas sociales en los contratos celebrados por el Ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y entidades del sector público municipal*, aprobada el 19 de enero de 2016.

Netherlands Kamerstukken I. Dutch Child Labour Due Diligence Law, 2016/17, 34 506, A.

Estatuto Tributario Nacional. Libro Quinto - Procedimiento Tributario, Colombia, 2017.

Proyecto de Gobierno de la Industria del Petróleo aprobado por el Senado en 2017 (Nigeria).

Law num. 2017-399 concerning the duty of vigilance of parent companies and ordering companies, France, 2017.

Ley 5/2017, de 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público y de creación y regulación de los impuestos sobre grandes establecimientos comerciales, sobre estancias en establecimientos turísticos, sobre elementos radiotóxicos, sobre bebidas azucaradas envasadas y sobre emisiones de dióxido de carbono, *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, 7340, 2017.

Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre, por el que se modifican el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad.

Orden HAP/522/2017, de 7 de abril, por la que se da publicidad al Acuerdo de 28 de marzo de 2017, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas para el uso estratégico de los contratos públicos en apoyo de objetivos sociales comunes y la reducción del déficit de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Petroleum Industry Governance Bill, Nigeria, 2017- 2018.

Resolución 40796, por medio de la cual se adopta la Política de Derechos Humanos del Sector Minero Energético, Colombia, 2018.

Ley 18/2018, de 13 de julio, de la Generalitat, para el fomento de la responsabilidad social, Diario oficial de la Generalidad Valenciana núm. 8339, 2018.

Acuerdo del Consejo de Gobierno, por el que se establece la reserva de contratos públicos a favor de ciertas entidades de la economía social y se impulsa la utilización de cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública de la Comunidad de Madrid, de 3 de mayo de 2018.

Bases reguladoras específicas de la Concejalía de Igualdad para la concesión de subvenciones a entidades sin ánimo de lucro para la realización de programas y/o actividades de promoción de las mujeres en el año 2018, Concello de Vigo.

Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable de Extremadura, BOE núm. 35, de 9 de febrero de 2019.

Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad.

Deep Offshore and Inland Basin Production Sharing Contract (Amendment) Act 2019, Nigeria, 2019.

030616 Decreto joven, Concesión directa de subvenciones para la cualificación y la inserción de personas desempleadas en el mercado laboral, Castilla la Mancha, 2020.

ORDEN EPE/626/2020, de 6 de julio, por la que se convocan para el año 2020 las subvenciones reguladas en la Orden EIE/1426/2016, de 3 de octubre, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones complementarias para favorecer la estabilidad en el empleo de los trabajadores con discapacidad severa que presentan especiales dificultades de inserción que mantengan una relación laboral de carácter especial en el ámbito de los centros especiales de empleo, Comunidad de Aragón.

Real Decreto 905/2020, de 13 de octubre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones en el ámbito de la transición ecológica financiadas con cargo a la cuota íntegra del Impuesto de Sociedades, BOE núm. 278, de 21 de octubre de 2020.

d) Otros documentos

Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo, de 8 de agosto de 1945.

*Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente. En A Decade of American Foreign Policy: Basic Documents, 1941-49, prepared at the request of the Senate Committee on Foreign Relations by the Staff of the Committee and the Department of State. Washington, DC: Government Printing Office, 1950.*dad de Gobierno de Colombia, *Informe de autoevaluación final II plan de acción nacional de gobierno abierto 2015-2017: para la inclusión social y territorial*, 2018.

8. CASOS CITADOS

8.1. African Commission on Human and Peoples' Rights

Comm. 101/93, Civil Liberties Organization (in respect of the Nigerian Bar Association) / Nigeria, marzo de 1995.

Comm.140/94-141/94-145/95, Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organisation and Media Rights Agenda / Nigeria, noviembre de 1999.

Comm. 275/03, Art. 19 v. The State of Eritrea, 30 de mayo de 2007.

8.2. Corte Constitucional de Colombia

Sentencia T-473 de 1992.

Sentencia T-695 de 1996.

Sentencia T-074 de 1997.

Sentencia C-491 de 2007.

Sentencia C-274/2013, 2013.

8.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Asunto Hilaire vs. Trinidad y Tobago. Excepciones preliminares. Sentencia del 1 de septiembre de 2001. Serie C núm. 80.

Asunto Cantos vs. Argentina. Excepciones preliminares. Sentencia del 7 de septiembre de 2001. Serie C núm. 85.

8.4. Federal High Court of Nigeria

Federal High Court of Nigeria in the Abuja judicial division holden at Abuja on Monday the 23rd day of december, 2013 before his lordship: hon. justice a. r. Mohammed. Suit No: *FHC/ABJ/CS/278/2013*.

Federal high Court of Nigeria in the Abuja judicial division holden at Abuja on Monday the 15th day of December 2014 before his lordship, hon. justice a. f. a. Ademola judge. Suit No: *FHC/ABJ/CS/760/13*.

8.5. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Asunto Tre Traktörer Aktiebolag vs. Suecia, Sentencia del 7 de julio de 1989, Solicitud núm. 10873/84.

Asunto Pine Valley Developments Ltd y Otros vs. Irlanda, Sentencia de 29 de noviembre de 1991, Solicitud núm. 12742/87.

Asunto Immobiliare Saffi v. Italy, Solicitud núm. 22774/93, Sentencia de 28 de julio de 1999.

Asunto Comingersoll S.A. v. Portugal, Solicitud núm. 35382/97, 6 de abril 2000.

Asunto Société Colas Est v. France, Sentencia de 16 de abril de 2002, Solicitud núm. 37971/97.

8.6. Tribunal Internacional de Justicia

Reparación de daños sufridos al servicio de la Naciones Unidas, Opinión Consultiva, 11, abril, 1949, Corte Internacional de Justicia, 1949.

8.7. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Asunto 26/62 Van Gend en Loos v Nederlandse Administraties Der Belastingen (1963) ECR 3.

Asunto Politi, de 14 de diciembre de 1971, as. 43/71, Rec. 1971.

Asunto Van Duyn, 4 de diciembre de 1974, as. 41/74, Rec. 1974.

Asunto 36/74 Walrave y Koch, de 12 de diciembre de 1974.

Asunto 31/87, Gebroeders Beentjes BV contra el Estado de los Países Bajos de 20 de septiembre de 1988.

Asunto, C-247/87, *Star Fruit Company SA contra Comisión de las Comunidades Europeas*, 14 de febrero de 1989.

Asunto C-324/93, *Sentencia del Tribunal de Justicia, Evans Medical Ltd y Marcfarlan Smith Ltd*, de 28 de marzo de 1995.

Asunto T-305/94 y otros asuntos acumulados, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV y otros contra la Comisión de las Comunidades Europeas*, 20 de abril de 1999.

Asunto C-225/98, *Sentencia del Tribunal de Justicia, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*, de 26 de septiembre de 2000.

Asunto C-513/99, *Sentencia del Tribunal de Justicia, Concordia Bus Finland*, 17 de septiembre de 2002.

Asunto C-448/01, *Sentencia del Tribunal de Justicia, EVN AG Wienstrom*, de 4 de diciembre de 2003.

Asunto C-272/09, *KME Germany and Others v Commission*, 20 de enero de 2012.

Asunto C-386/10, *Chalkor v Commission*, 20 de enero de 2012.

Asunto C-360/10, *SABAM v. Netlog*, 16 de febrero de 2012.

Asunto C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami y otros*, 3 de octubre de 2013.

Asunto C-316/13, *Gérard Fenoll v Centre d'aide par le travail*, 26 de marzo de 2015.

Asunto T-623/13, *Unión de Almacenistas de Hierros de España v European Commission*, 12 de mayo de 2015.

Asunto T-201/13, *Rubinum SA v Commission*, 21 de mayo de 2015.

Asunto T- 296/12 *Health Food Manufacturers' Association and Others v Commission*, 12 de junio de 2015.

Asunto C-583/13 P, *Deutsche Bahn and Others v Commission*, 18 de junio de 2015.

Asunto T-49/14, *Zentralverband des Deutschen Bäckerhandwerks v Commission*, 7 octubre 2015.

Asunto T-544/13, *Dyson v. Commission*, 11 de noviembre de 2015.

Asunto C-666/15: Petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank Noord-Holland (Países Bajos) el 14 de diciembre de 2015. X, GoPro Coöperatief U.A./Inspecteur van de Belastingdienst Douane, kantoor Rotterdam Rijnmond.

Asunto C-157/14, Neptune Distribution v Minister for Economic Affairs and Finance, (Cuarta Cámara), 17 diciembre 2015.

8.8. Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo, *Contencioso-Administrativo, Sala 3ª, Nº de Recurso: 5377/2009*, de 17 de julio de 2012.

9. FUENTES DOCUMENTALES EN INTERNET

5 estrellas de Datos Abiertos. Disponible en:

<https://5stardata.info/es/>

Aaronson, S. A, "Oil and the public interest", VOX CEPR Policy Portal, 2008. Disponible en:

<https://voxeu.org/article/can-transparency-extractive-industries-break-resource-curse>

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, *Novedades introducidas por la ley 11/2018, de 28 de diciembre, en materia de información no financiera y diversidad, 2019.* Disponible en:

<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/6537/documento/foro-esp-05.pdf?id=8742>.

Amnesia Internacional, *Egipto: Las absoluciones en la causa de "financiación extranjera" de ONG deben finalizar la represión al colectivo.* Disponible en:

<https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/egipto-las-absoluciones-en-la-causa-de-financiacion-extranjera-de-ong-deben-finalizar-la-represio/>

Agencia Nacional de Hidrocarburos. Disponible en:

<https://www.anh.gov.co/>

Banco Mundial. Disponible en:

<https://datos.bancomundial.org/>

Banco Mundial, *Zero Routine Flaring by 2030*. Disponible en: <https://www.worldbank.org/en/programs/zero-routine-flaring-by-2030>.

Banco Mundial, *Press Release: Countries and Oil Companies Agree to End Routine Gas Flaring, 2015*. Disponible en: <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2015/04/17/countries-and-oil-companies-agree-to-end-routine-gas-flaring>.

Banco Mundial, *Estándares Ambientales y Sociales (EAS)*. Disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/projects-operations/environmental-and-social-framework/brief/environmental-and-social-standards>.

Business conduct and ethics code de Chevron. Disponible en: <https://www.chevron.com/-/media/shared-media/documents/chevronbusinessconductethicscode.pdf>.

Buesniness Day, Noticia, *NNPC, NEITI Set Up Joint Committee to Strengthen Transparency, noviembre 2019*. Disponible en: <https://businessday.ng/top-stories/article/nnpc-neiti-set-up-joint-committee-to-strengthen-transparency/>

Business & Human Rights Resource Centre: Article: *Proposal for a parliamentary decision on mandatory human rights due diligence*, enero 2019. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/proposal-for-a-parliamentary-decision-on-mandatory-human-rights-due-diligence/>

Business & Human Rights Resource Centre: *Story: EU Commissioner for Justice commits to legislation on mandatory due diligence for companies*, abril 2020, Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/eu-commissioner-for-justice-commits-to-legislation-on-mandatory-due-diligence-for-companies/>

Carbon Disclosure Project, About us. Disponible en: <https://www.cdp.net/en/info/about-us>.

Cepsa, Sustainability. Disponible en: <https://www.cepsa.com/en/sustainability>

Ceres Principles. Disponible en:

<https://www.ceres.org/about-us>

Chambers and Partners, Practices Guides in energy and oil and gas in Nigeria.

Disponible en:

<https://practiceguides.chambers.com/practice-guides/energy-oil-and-gas-2019/nigeria>

Chevron, Sustainability. Disponible en:

<https://www.chevron.com/sustainability>.

Clifford Chance: *Germany's Due Diligence Act*, julio 2020. Disponible en:

<https://www.cliffordchance.com/home.html>

CNBC Noticia: *UPDATE 2-Nigeria's petroleum bill to be passed by mid-2020, says oil minister*. Disponible en:

<https://www.cNBC.com/2020/02/10/reuters-america-update-2-nigerias-petroleum-bill-to-be-passed-by-mid-2020-says-oil-minister.html>

Coca-Cola, Sostenibilidad. Disponible en:

<https://www.cocacolaep.com/es/sostenibilidad/>.

Comisión europea; Etiquetas de la UE. Disponible en:

https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/product-safety-and-requirements/eu-labels_es

Comisión Nacional del Mercado de Valores. Disponible en:

<https://www.cnmv.es/Portal/consultas/busqueda.aspx?id=25>

Comunicado de Más información más Derechos: *Colombia aún no garantiza el derecho de acceso a la información pública*. Disponible en:

<https://masinformacionmasderechos.co/2017/09/28/colombia-aun-no-garantiza-el-derecho-de-acceso-a-la-informacion-publica/>

ConnocoPhillips, Sustainability. Disponible en:

<https://www.conocophillips.com/sustainability/>

Consejo de seguridad de la ONU. Disponible en:

<http://www.un.org/News/fr-press/docs/2002/cs2382.doc.htm>

Conversión de Naira nigeriana a Euro. Disponible en:

<https://www.xe.com/es/currencyconverter/convert/?Amount=30.000.000&From=NGN&To=EUR>

Consejo Internacional de Minería y Metales (ICMM). Disponible en:

<https://www.icmm.com/es>

Cumbre Judicial Iberoamericana. Disponible en:

http://www.cumbrejudicial.net/web/guest/forokkk/-/message_boards/message/183963.

Crudo Transparente. Noticia: “El largo camino hacia la transparencia y responsabilidad en el sector extractivo”. Disponible en:

<https://crudotransparente.com/2019/03/29/el-largo-camino-hacia-la-transparencia-y-responsabilidad-en-el-sector-extractivo/>

Declaración de Fin de Misión de Michel Forst, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los Defensores y Defensoras de Derechos Humanos.

Disponible en:

<https://www.ohchr.org/sp/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25507&LangID=S>.

Declaración del gobierno de América y del Reino Unido sobre los Principios Voluntarios. Disponible en:

<http://www.laohamutuk.org/Oil/PetRegime/volprin-usuk.pdf>

Declaración de Oxfam, Oxfam leaves Voluntary Principles for Security and Human Rights multi-stakeholder initiative. Disponible en:

<http://business-humanrights.org/en/oxfam-leaves-voluntary-principles-for-security-and-human-rights-multi-stakeholder-initiative>.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Disponible en:

www.rae.es

Discurso de Anthony Richter, Presidente de la Junta de Gobierno, Revenue Watch Institute, The Link Between Revenue Transparency and Human Rights: Hearing

Before the Commission on Security and Cooperation in Europe, Washington, DC, April 22, 2010 (pp. 42-50). Disponible en: http://www.csce.gov/index.cfm?FuseAction=Files.Download&FileStore_id=2297

Ecopetrol. Disponible en:

www.ecopetrol.gov.co

EITI. Disponible en:

<https://eiti.org/>

EITI Colombia Informes y otros documentos. Disponible en: <https://eiti.org/colombia>

EITI Nigeria Informes y otros documentos. Disponible en:

<https://eiti.org/nigeria>

El País, La maldición del petróleo sacude el delta del Níger, 16 de febrero de 2019.

Disponible en:

https://elpais.com/internacional/2019/02/15/actualidad/1550243195_941243.html.

The Extractive Industries Transparency Initiative Discussion Paper for International Stakeholders Meeting 11-12 February 2003. Disponible en: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20090422162046/http://www2.dfid.gov.uk/pubs/files/eitipaper.pdf>.

Extractive Industries Transparency Initiative, London Conference 17 June 2003. *Final Attendance List*. Disponible en: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20090422162019/http://www2.dfid.gov.uk/pubs/files/eitidraftreportattendance.pdf>.

Report of the Extractive Industries Transparency Initiative (EITI). London Conference, 17 June 2003. Disponible en: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20090422161955/http://www2.dfid.gov.uk/news/files/eitireportconference17june03.asp>

ExxonMobil. Disponible en:

<https://corporate.exxonmobil.com/Company/Who-we-are/Corporate-governance/Code-of-ethics#Overview>.

Fernando Hipólito Lancha, *Rendición de cuentas en las comunidades de propietarios*, 2010. Disponible en:

<https://elderecho.com/rendicion-de-cuentas-en-las-comunidades-de-propietarios>

Fondo Mundial de lucha contra el VIH/sida, la tuberculosis y la malaria. Disponible en:

<https://www.theglobalfund.org/en>

Freedom House: Countries and Regions. Disponible en:

<https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2021/democracy-under-siege/countries-and-regions>

FSC España. Disponible en:

<https://es.fsc.org/es-es>

G8 Declaration, Fighting Corruption and Improving Transparency, 2003. Disponible en:

<http://www.mofa.go.jp/policy/economy/summit/2003/dec-2.pdf>

Geoactivismo. Disponible en:

<https://geoactivismo.org/>

Global Firepower. Disponible en:

<https://www.globalfirepower.com/oil-consumption-by-country.asp>

Global Reporting Initiative (GRI). Disponible en:

<https://database.globalreporting.org/>

Global Right to Information Rating. Disponible en:

<https://www.rti-rating.org/>

Global Witness, *Campaign success: BP makes move for transparency in Angola*.

Press release, 12 February 2001. Disponible en:

<https://www.globalwitness.org/en/archive/campaign-success-bp-makes-movetransparency-angola/>

Grifols, Sostenibilidad. Disponible en:

<https://www.grifols.com/es/the-environment>

Iberdrola. Disponible en:

<https://www.iberdrola.com>

ICANN. Disponible en:

<https://www.icann.org/es>.

ICIR. Noticia: *NNPC rejects Falana's FOI request, says 'we're not a public institution'*, 2018. Disponible en:

<https://www.icirnigeria.org/nnpc-rejects-falanas-foi-request-says-were-not-a-public-institution/>

IFC, Normas de Desempeño de la Corporación Financiera Internacional. Disponible en:

<https://firstforsustainability.org/es/risk-management/implementing-ifc-environmental-and-social-requirements/establish-and-maintain-an-esms/ifc-environmental-and-social-performance-requirements/ifc-performance-standards/>

Índice de Desarrollo Humano. Disponible en:

<http://hdr.undp.org/es/data>

International Budget Partnership. Disponible en:

<https://www.internationalbudget.org/publications/africa-fiscal-transparency-nigeria/>

Insights, *The National Petroleum Policy*, 2017. Disponible en:

<https://home.kpmg/ng/en/home/insights/2017/08/the-national-petroleum-policy--npp-.html>

Investment Policy Hub. Disponible en:

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

ISO Tools: ISO 31000:2018; ISO 14001: 2015; ISO 9001:2015. Disponible en:

<https://www.isotools.org>

Lafuente Benaches, M.^a Mercedes, *Publicidad activa y medios propios de la Administración Pública*. Disponible en:

<http://laadministraciondiala.inap.es/noticia.asp?id=1507645>.

Le Monde. Noticia. Au Sénégal, le « fanatisme mou » obtient la censure d'un livre sur Mahomet, 2016. Disponible en:

https://www.lemonde.fr/afrique/article/2016/04/04/au-senegal-le-fanatisme-mou-obtient-la-censure-d-un-livre-sur-mahomet_4895375_3212.html

Le Monde diplomatique, *Pétrole et gaz au Sénégal. Chronique d'une spoliation*, 2017. Disponible en:

<https://www.monde-diplomatique.fr/2017/12/SECK/58196>

LSE - Laboratory for Advanced Research on the Global Economy - *Investment & Human Rights Project*. Disponible en:

<https://blogs.lse.ac.uk/investment-and-human-rights/toolbox/state-investor-contracts/>

Martos Baltasar, "Delta del Níger: conflicto sobre el impacto petrolero", en *Global Affairs and Strategic Studies*, Universidad de Navarra, 2018. Disponible en:

<https://www.unav.edu/web/global-affairs/detalle/-/blogs/delta-del-niger-conflicto-sobre-el-impacto-petrolero>.

Masdeu, Jaume, *La Unión Europea etiqueta las inversiones verdes*, *La Vanguardia*, (18/12/2019). Disponible en:

<https://www.lavanguardia.com/natural/20191218/472314387673/ue-etiquetas-verdes-inversiones-greenwashing.html>.

Mincomercio, Oficina de Estudios Económicos. Perfil de Colombia. Disponible en:

<https://www.mincit.gov.co/getattachment/1c8db89b-efed-46ec-b2a1-56513399bd09/Colombia.aspx>.

Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación: Ficha País: Nigeria, 2019. Disponible en:

http://www.exteriores.gob.es/Documents/FichasPais/NIGERIA_FICHA%20PAIS.pdf.

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia. Disponible en:

<https://www.mincit.gov.co/>

Ministerio de Trabajo y economía social, *El portal de la Responsabilidad Social: Punto Nacional de Contacto*. Disponible en:

<http://www.mites.gob.es/es/rse/puntocontacto/index.htm>

Ministerio de Trabajo Migraciones y Seguridad Social. Disponible en:

<https://revista.seg-social.es/tag/ministerio-de-trabajo-migraciones-y-seguridad-social/>

Modelo de contrato de la ANH. Disponible en:

<http://ronda2014.anh.gov.co/rondacolombia2014/images/archivos/terminosdereferencia/Minuta%20TEA%2002-04-14.pdf>

Monitor CIVICUS. Disponible en:

<https://monitor.civicus.org/>

Naciones Unidas: *Alianzas para lograr los objetivos: Fortalecer los medios de ejecución y reavivar la alianza mundial para el desarrollo sostenible*. Disponible en:

<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-development-goals/>.

Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado, *Los derechos humanos y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Disponible en:

<https://www.ohchr.org/SP/Issues/SDGS/Pages/The2030Agenda.aspx>

Naciones Unidas, *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Disponible en:

<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>

Naciones Unidas, *Crónica ONU*. Disponible en:

<https://www.un.org/es/cr%C3%B3nica-onu/el-pacto-mundial-de-la-onu-la-b%C3%BAsqueda-de-soluciones-para-retos-globales>

Nakamitsu, Izumi, Secretaria General Adjunta y Alta Representante para Asuntos de Desarme, *Hacia el desarme en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Disponible en:

<https://www.un.org/es/chronicle/article/hacia-el-desarme-en-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible>

Natural Resource Governance Institute. Disponible en:

<http://www.resourcegovernance.org>

NEITI. Disponible en:

<https://neiti.gov.ng>

OCDE, Gasto Público Social. Disponible en:

<http://www.oecd.org/centrodemexico/medios/gasto-publico-social-ocde.htm>

OECD, *Prof. John Ruggie on Business and Human Rights*, 10 de diciembre, 2010.

Disponible en:

<https://www.youtube.com/watch?v=dVDupBFJiqE>. Min 2:09.

Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios. Disponible en:

<https://data.humdata.org>

Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Serie de Módulos Universitarios: Módulo 2: *La corrupción y la buena gobernanza. ¿qué es la Buena gobernanza?* Disponible en:

<https://www.unodc.org/e4j/es/anti-corruption/module-2/key-issues/what-is-good-governance.html>

Open Contracting Data Standard. Disponible en:

<https://standard.open-contracting.org/latest/en/>

Open Data Charter. Disponible en:

<https://opendatacharter.net/>

Open Data Inception. Disponible en:

<https://opendatainception.io/>

Open Democracy, *Noticia: La oposición a las industrias extractivas en Colombia alcanza 'su máximo histórico'*, 2017. Disponible en:

<https://www.opendemocracy.net/es/la-oposicion-las-industrias-extractivas-en-colombia-alcanza-su-m-xim/>

Open Government Partnership. Disponible en:

<https://www.opengovpartnership.org>

Open Oil. Disponible en:

<https://openoil.net/>

Open Knowledge Foundation. Disponible en:

<http://opendefinition.org/>

Our World in Data. Disponible en:

<https://ourworldindata.org/fossil-fuels>

Pacto Mundial. Disponible en:

<https://www.unglobalcompact.org/>

Parlamento Europeo, *El Derecho de sociedades*. Disponible en:

<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/35/selskabsret>

Parlamento Europeo, *Fichas temáticas sobre la Unión Europea. El Derecho de sociedades*. Disponible en:

<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/35/selskabsret>

Petroleum Industry Environmental Conservation Association. Disponible en:

<https://www.ipieca.org/>

Planes de Acción de Colombia. Disponible en:

<https://www.opengovpartnership.org/es/members/colombia>

Pont Elisa, *Vivir sin acceso a internet, LAVANGUARDIA 2019*. Disponible en:

<https://www.lavanguardia.com/vida/junior-report/20190509/462140060359/brecha-digital-desigualdad-acceso-internet.html>

Portal de Transparencia del Estado. Disponible en:

<https://transparencia.gob.es/>

Principios Voluntarios. Disponible en:

<http://www.voluntaryprinciples.org/resources/>

Publish What You Pay, *Un destacado defensor de los derechos humanos seriamente amenazado de muerte en Guinea Ecuatorial*, 5 de noviembre de 2018. Disponible en:

<https://www.pwyp.org/es/pwyp-news/destacado-defensor-derechos-humanos-seriamente-amenazado-en-guinea-ecuatorial/>

PWC, *ESG, Understanding the issues, the perspectives and the path forward*.

Disponible en:

<https://www.pwc.com/us/en/services/governance-insights-center/library/esg-environmental-social-governance-reporting.html>

PWYP, *Declaración: Fallas en la gobernanza de EITI amenazan la participación de sociedad civil*, 2016. Disponible en:

<https://www.pwyp.org/es/pwyp-news/declaracion-las-fallas-en-la-gobernanza-de-la-eiti-amenazan-la-independencia-de-la-sociedad-civil/>

Report of the Extractive Industries Transparency Initiative (EITI) London Conference, 17 June 2003. Disponible en:

<https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20090422161955/http://www2.dfid.gov.uk/news/files/eitireportconference17june03.asp>.

Repsol. Disponible en:

<https://www.repsol.com/es/sostenibilidad/index.cshtml>

RFI. Noticia, *Le Sénégal interdit la diffusion du dernier Charlie Hebdo*. Disponible en:

<http://www.rfi.fr/fr/afrique/20150115-senegal-interdit-diffusion-dernier-charlie-hebdo-caricature-mahomet>

Rights Center for Freedom of Expression Support. Disponible en:

<http://icsfs.org/ar/article?id=9&cid=3>

SDGF, *De los ODM a los ODS*. Disponible en:

<https://www.sdgfund.org/es/de-los-odm-los-ods>

Shell. Disponible en:

<https://www.shell.com/sustainability/our-approach/sustainability-at-shell.html>

Social Accountability International, *Norma SA8000: SA8000®: 2014*. Disponible en:

<https://sa-intl.org/programs/sa8000/>

Sunlight Foundation. Disponible en:

<http://sunlightfoundation.com/policy/documents/ten-open-data-principles/>

Sustainability Accounting Standards Board. Disponible en:

<https://www.sasb.org>

TED, *Idear Worth spreading, Tim Berners-Lee, The year open data went worldwide*.

Disponible en:

http://www.ted.com/talks/tim_berniers_lee_the_year_open_data_went_worldwide.html

The Cable, petrobarometer. Disponible en:

<https://petrobarometer.thecable.ng/2018/08/28/exclusive-buhari-rejects-pigb-says-it-whittles-down-his-power/>

The Federal Council, *The Portal of the Swiss government*. Disponible en:

<https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/votes/20201129/iniziativa-popolare-per-imprese-responsabili-a-tutela-dell-essere-umano-e-dell-ambiente.html>

The Guardian, *Oil industry defends its safety record*, 13 December 2005. Disponible en:

<https://www.theguardian.com/business/2005/dec/13/buncefieldfueldepotfire2005.oilandpetrol>

The Nation, *NEITI alleges 'fundamental error' in PIGB, 2017*. Disponible en:

<https://thenationonlineng.net/neiti-alleges-fundamental-error-pigb/>

The RTI Rating. Disponible en:

<https://www.rti-rating.org/>

Río Tinto, Sustainability. Disponible en:

<https://www.riotinto.com/sustainability>

Transparency International. Disponible en:

<https://www.transparency.org/en/>

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Disponible en:

https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/

UNEP, Finance Initiative, TCFD-Task Force on Climate-Related Financial Disclosures. Disponible en:

<https://www.unepfi.org/climate-change/tcfid/>

U.S. Energy Information Administration (EIA). Disponible en:

<https://www.eia.gov/international/overview/country/NGA>

World News, Reuters, “Myanmar old guard clings to \$ 8 billion jade empire”, 28 Sep 2013. Disponible en:

<http://www.reuters.com/article/2013/09/29/us-myanmar-jade-specialreport-idUSBRE98S00H20130929>

Ykkösketjuun-Campaign. Disponible en:

<https://ykkosketjuun.fi/en/>

ANEXOS

Anexo 1





Tabla 1.4 Estado de implementación del EITI en los países implementadores

País	Estado de implementación	Nivel de progreso: Requisito 1.3
Afganistán		
Albania		
Argentina		
Armenia		
Burkina Faso		
Camerún		
República Centroafricana	<i>Suspendido por inestabilidad política</i>	Sin información
Chad		
Colombia		
Costa de Marfil		
República Democrática del Congo		
República Dominicana		
Etiopía		
Alemania		
Ghana		
Guatemala		
Guinea		
Guyana		
Honduras		
Indonesia		
Iraq		
Kazajstán		
Kirguistán		
Liberia		
Madagascar		






Malawi		
Mali		
Mauritania		
México		
Mongolia		
Mozambique		
Myanmar		
Holanda		
Níger		
Nigeria		
Noruega		
Papua Nueva Guinea		
Perú		
Filipinas		
República del Congo		
Senegal		
Seychelles		
Sierra Leone		
Surinam		
Sao Tomé and Príncipe		
Tayikistán		
Tanzania		
Timor Oriental		
Togo		
Trinidad y Tobago		
Ucrania		
Reino Unido		
Zambia		

NOTA: actualizado en noviembre de 2021. Uganda, Ecuador y Gabón no han sido evaluadas todavía en el momento de finalizar esta investigación.

Estado de implementación

	<i>Progreso inadecuado /suspendido</i>
	<i>Progreso significativo</i>
	<i>Progreso satisfactorio</i>
	<i>No ha sido todavía validado de conformidad con el Estándar de 2016</i>

Nivel de progreso

	<i>Sin progreso.</i> Todos o casi todos los aspectos del requisito permanecen pendientes y el objetivo global del requisito no se cumple.
	<i>Progreso inadecuado.</i> No se han implementado aspectos significativos del requisito y el objetivo global del requisito está lejos de cumplirse.
	<i>Progreso significativo.</i> Se han implementado aspectos significativos del requisito y se está cumpliendo el objetivo global del requisito.
	<i>Progreso satisfactorio.</i> Se han implementado todos los aspectos del requisito y se ha cumplido el objetivo global del requisito.
	<i>Sobresaliente.</i> El país ha ido más allá de los requisitos.

Anexo 2

Tabla 1.5 Resultados de la primera Validación de Nigeria 2016

EITI Requirements		Level of Progress				
Categories	Requirements	No Progress	Inadequate	Meaningful	Satisfactory	Beyond
MSG oversight	Government engagement (#1.1) (+)				█	
	Industry engagement (#1.2) (+)				█	
	Civil society engagement (#1.3) (+)			█		
	MSG governance (#1.4) (+)			█		
	Workplan (#1.5) (+)			█		
Licenses and contracts	Legal framework (#2.1) (+)				█	
	License allocations (#2.2) (+)			█		
	License register (#2.3) (+)			█		
	Policy on contract disclosure (#2.4) (+)		█			
	Beneficial ownership (#2.5) (+)	█				
Monitoring production	State participation (#2.6) (+)	█				
	Exploration data (#3.1) (+)			█	█	
Revenue collection	Production data (#3.2) (+)			█		
	Export data (#3.3) (+)			█		
	Comprehensiveness (#4.1) (+)			█		
Revenue allocation	In-kind revenues (#4.2) (+)					█
	Barter agreements (#4.3) (+)			█		
	Transportation revenues (#4.4) (+)			█		
	SOE transactions (#4.5) (+)			█	█	
	Direct subnational payments (#4.6) (+)			█		
	Disaggregation (#4.7) (+)			█	█	
	Data timeliness (#4.8) (+)			█		
	Data quality (#4.9) (+)			█		
Socio-economic contribution	Distribution of extractive industry revenues (#5.1) (+)				█	
	Subnational transfers (#5.2) (+)			█		
	Revenue management and expenditures (#5.3) (+)	█				
Outcomes and impact	Mandatory social expenditures (#6.1) (+)			█		
	SOE quasi-fiscal expenditures (#6.2) (+)			█		
	Economic contribution (#6.3) (+)			█		
	Public debate (#7.1) (+)					█
Overall assessment	Data accessibility (#7.2) (+)	█				
	Follow up on recommendations (#7.3) (+)				█	
	Outcomes and impact of implementation (#7.4) (+)				█	

Tabla 1.6 Resultados de la primera Validación de Nigeria 2018

EITI Requirements		Level of Progress				
Categories	Requirements	No Progress	Inadequate	Meaningful	Satisfactory	Beyond
MSG oversight	Government engagement (#1.1) (+)				█	
	Industry engagement (#1.2) (+)				█	
	Civil society engagement (#1.3) (+)				█	
	MSG governance (#1.4) (+)				█	
	Workplan (#1.5) (+)				█	
Licenses and contracts	Legal framework (#2.1) (+)				█	
	License allocations (#2.2) (+)				█	
	License register (#2.3) (+)				█	
	Policy on contract disclosure (#2.4) (+)				█	
	Beneficial ownership (#2.5) (+)	█	█	█	█	█
	State participation (#2.6) (+)				█	
Monitoring production	Exploration data (#3.1) (+)				█	
	Production data (#3.2) (+)				█	
	Export data (#3.3) (+)				█	
Revenue collection	Comprehensiveness (#4.1) (+)				█	
	In-kind revenues (#4.2) (+)				█	█
	Barter agreements (#4.3) (+)				█	
	Transportation revenues (#4.4) (+)				█	
	SOE transactions (#4.5) (+)				█	
	Direct subnational payments (#4.6) (+)				█	
	Disaggregation (#4.7) (+)				█	
	Data timeliness (#4.8) (+)				█	
Data quality (#4.9) (+)				█		
Revenue allocation	Distribution of extractive industry revenues (#5.1) (+)				█	
	Subnational transfers (#5.2) (+)				█	
	Revenue management and expenditures (#5.3) (+)	█	█	█	█	█
Socio-economic contribution	Mandatory social expenditures (#6.1) (+)				█	
	SOE quasi-fiscal expenditures (#6.2) (+)				█	
	Economic contribution (#6.3) (+)				█	
Outcomes and impact	Public debate (#7.1) (+)				█	█
	Data accessibility (#7.2) (+)	█	█	█	█	█
	Follow up on recommendations (#7.3) (+)				█	
	Outcomes and impact of implementation (#7.4) (+)				█	
Overall assessment					█	

Nota: fuente de información de las Tablas 1.5 y 1.6¹²³⁵

¹²³⁵ Véase EITI, disponible en: <https://eiti.org/nigeria>. Recuperado en mayo de 2021.

Tabla 1.7 Resultados de la primera Validación de Colombia 2018

EITI Requirements		Level of Progress				
Categories	Requirements	No Progress	Inadequate	Meaningful	Satisfactory	Beyond
MSG oversight	Government engagement (#1.1) (+)				█	
	Industry engagement (#1.2) (+)				█	
	Civil society engagement (#1.3) (+)				█	
	MSG governance (#1.4) (+)				█	
	Workplan (#1.5) (+)				█	
Licenses and contracts	Legal framework (#2.1) (+)				█	
	License allocations (#2.2) (+)				█	
	License register (#2.3) (+)				█	
	Policy on contract disclosure (#2.4) (+)					█
	Beneficial ownership (#2.5) (+)	█				
Monitoring production	State participation (#2.6) (+)				█	
	Exploration data (#3.1) (+)				█	
Revenue collection	Production data (#3.2) (+)				█	
	Export data (#3.3) (+)				█	
	Comprehensiveness (#4.1) (+)				█	
Revenue allocation	In-kind revenues (#4.2) (+)				█	
	Barter agreements (#4.3) (+)	█				
	Transportation revenues (#4.4) (+)				█	
	SOE transactions (#4.5) (+)				█	
	Direct subnational payments (#4.6) (+)				█	
	Disaggregation (#4.7) (+)				█	
	Data timeliness (#4.8) (+)				█	
Socio-economic contribution	Data quality (#4.9) (+)				█	
	Distribution of extractive industry revenues (#5.1) (+)				█	
	Subnational transfers (#5.2) (+)					█
Outcomes and impact	Revenue management and expenditures (#5.3) (+)					█
	Mandatory social expenditures (#6.1) (+)				█	
	SOE quasi-fiscal expenditures (#6.2) (+)	█				
	Economic contribution (#6.3) (+)					█
Overall assessment	Public debate (#7.1) (+)				█	
	Data accessibility (#7.2) (+)	█				
	Follow up on recommendations (#7.3) (+)				█	
	Outcomes and impact of implementation (#7.4) (+)				█	

Nota: fuente de información de la Tabla 1.7¹²³⁶

¹²³⁶ Véase EITI, disponible en: <https://eiti.org/colombia>. Recuperado en mayo de 2021.

Anexo 3

Tabla 1.8 Leyes sobre la transparencia y el derecho de acceso a la información en los países del EITI¹²³⁷

Ranking	País	Total puntuación ¹²³⁸	Año de entrada en vigor ¹²³⁹ de la ley de transparencia y derecho de acceso a la información ¹²⁴⁰	Adhesión al EITI
1	Afganistán	139	2014	2010
2	México	136	2002	2017
6	Albania	127	1999	2009
10	Liberia	124	2010	2008
12	Sierra Leone	122	2013	2008
25	Etiopía	111	2008	2014
28	Seychelles	109	2018	2014
19	Ucrania	115	1992	2013
33	Malawi	104	2017	2015
38	Colombia	102	1985	2014
39	Indonesia	101	2008	2010
46	Uganda	97	2005	2020
64	Kirguistán	87	2007	2007
36	Armenia	102	2003	2017
42	Reino Unido	99	2000	2014
44	Ghana	97	2019	2007

¹²³⁷ Los países marcados en gris son aquellos países cuya Ley de transparencia ha sido aprobado con posterioridad a la implementación del EITI, o esta ha sido modificada.

¹²³⁸ El total indica la suma de las 7 categorías evaluadas (de un total máximo de 150 puntos). El Índice evalúa cada marco legal de acuerdo con 7 categorías principales (de conformidad con 61 indicadores: véase: <https://www.rti-rating.org/country-data/by-indicator/>) a saber: i) Derecho de acceso; ii) Ámbito; iii) Procedimiento de solicitud; iv) Excepciones y denegaciones; v) Apelaciones; vi) Sanciones y protecciones; y vii) Medidas de promoción. Para más información visite la web: <https://www.rti-rating.org/country-data/>. Actualmente han sido evaluados 128 países. En la presente tabla únicamente se muestran los países pertenecientes al EITI, detallándose su posición en el ranking total. Se observa que de los 56 países del EITI, en el momento de redactar esta tesis, 17 no han sido evaluados: Camerún; República Centroafricana; Chad; República Democrática del Congo; Guinea; Papua new Guinea; República del Congo; Iraq; Madagascar; Mali; Mauritania; Myanmar; Senegal; Surinam; Santo Tomé y Príncipe; y Zambia.

¹²³⁹ Esta tabla no indica las reformas que hayan podido acaecer con posterioridad como por ejemplo podría ser el caso de México cuya Ley fue reformada en el año 2015, en tanto el objetivo de esta tabla es observar si la Ley de transparencia y acceso a la información fue aprobada con anterioridad o posterioridad a la implementación del EITI.

¹²⁴⁰ Algunos países no disponen de una ley específica de transparencia y derecho de acceso a la información, pero disponen de Leyes, reglamentos y disposiciones constitucionales relacionadas, o que incluyen disposiciones que promueven este derecho de acceso a la información. Otros países no disponen de ley sobre el derecho de acceso a la información. Véase: *Impulsar el desarrollo sostenible mediante el acceso a la información: aspectos destacados de la labor de seguimiento y presentación de informes realizada por la UNESCO en 2019 sobre el indicador 16.10.2 de los ODS*, Unesco 2019.

*LA INICIATIVA DE LA TRANSPARENCIA EN LA INDUSTRIA EXTRACTIVA Y LOS DERECHOS HUMANOS
EN EL SECTOR DE LOS HIDROCARBUROS*

53	Perú	93	2003	2007
54	Argentina	92	2004	2019
55	Guatemala	92	2008	2011
61	Trinidad y Tobago	89	1999	2011
62	Nigeria	88	2011	2007
65	Mongolia	87	2011	2007
71	Guinea	84	2010/2021	2007
72	Honduras	84	2006	2013
75	Holanda	82	1978	2018
77	Burkina Faso	79	2015	2017
80	Noruega	78	1970	2009
83	Costa de Marfil	76	2013	2008
88	Ecuador	74	2004	2020
89	Níger	74	2011	2020
94	Tanzania	73	2016	2009
104	Togo	70	2016	2010
106	Guyana	69	2013	2017
117	Kazakstán	61	2015	2007
118	Mozambique	60	2014	2009
121	Rep. Dominicana	59	2004	2016
126	Alemania	54	2005	2016
129	Timor Oriental	51	2016	2008
130	Tayikistán	49	2002	2013
131	Pilipinas	46	2016	2013

Países no analizados por el Índice del Derecho a la Información 2021			
	Camerún	Law N° 2018/011 of 11 July 2018 to lay down the Cameroon Code of Transparency and Good Governance in public finance management.	2007
	República Centrafricana	No dispone de un marco normativo sobre el derecho a la información.	2008
	Chad	No dispone de un marco normativo sobre el derecho a la información.	2010
	República Democrática del Congo	Constitución, 2006, Artículo 24.	2007
	Papua Nueva Guinea	Constitución, Artículo 51, 1975.	2014
	República del Congo	No se ha encontrado información relativa a la transparencia y el derecho de acceso a la información.	2007
	Iraq ¹²⁴¹	No dispone de un marco normativo sobre el derecho a la información.	2010
	Madagascar	Constitución (Artículo 11) 1992.	2008
	Mali	Decree on the Application of the Law on the Relation Between the Administration and the Users of Public Service, No. 03-580, 2003; Law on the Relation Between the Administration and the Users of the Public Service, 1998.	2007
	Mauritania	No dispone de un marco normativo sobre el derecho a la información.	2007

¹²⁴¹ En Irak, se presentaron tres proyectos de ley sobre acceso a la información⁶⁶ en 2011-2013, pero ninguno ha sido aceptado. La inestabilidad en Irak parece ser un gran obstáculo para la aprobación de esta ley. Para más información véase: Rights Center for Freedom of Expression Support. Disponible en: <http://icsfs.org/ar/article?id=9&cid=3>. Recuperado en mayo de 2021.

	Myanmar	Se ha redactado un Proyecto de Ley sobre el Derecho a la Información ¹²⁴² .	2014
	Senegal	Constitution, 2001 (Article 8) Law on Archives and Documents; 2006 Law on Information Society; 2008 Law on Personal Data Protection, 2008.	2013
	Surinam	Constitución de Surinam 1987, Artículo 158.	2017
	Santo Tomé y Príncipe	Constitución de Santo Tomé y Príncipe 1975, Artículo 29.	2008
	Zambia	Access to Information Bill, 2012	2009
	Gabón	No dispone de un marco normativo sobre el derecho a la información.	2021

Nota: Índice del Derecho a la Información 2019. Elaborado por Access Info Europe y Centre for Law and Democracy. En esta tabla se han añadido los países implementadores pero que no han sido evaluados por el Índice. Por ello, estos no disponen de categoría en la columna de ranking. Sin embargo se ha añadido información sobre si existen normas que incluyan aspectos sobre la transparencia y el acceso a la información.

¹²⁴² Article19, The Right to Information and Natural Resources in Myanmar, 2019.

Anexo 4

NIGERIA

A) Breve reseña sobre el sector extractivo en Nigeria

En el año 1903, en la región meridional costera de la actual Nigeria, se descubrió un gran yacimiento de minerales e hidrocarburos. Las actividades de exploración y extracción fueron llevadas a cabo durante años por compañías como la británica Nigeria Properties Ltd., o con posterioridad por la multinacional angloholandesa Royal Dutch Shell, la cual se hizo con el monopolio, principalmente, de las actividades de prospección de las fuentes de petróleo¹²⁴³.

Después de la independencia y el establecimiento oficial de la República Federal de Nigeria (1960-1963), el gobierno militar de Yakubu Gowon comenzó una política de nacionalización y adquisición de las firmas extranjeras en el país, obligándolas por mandato legal a registrarse mediante *joint-ventures* con empresas estatales. Esto transformó esta actividad en el principal sector estratégico para la economía del país¹²⁴⁴. Así, las multinacionales en el sector del gas y el petróleo empezaron a operar en colaboración con la *Nigerian National Petroleum Corporation* (NNPC por sus siglas en inglés. Empresa estatal constituida en 1977¹²⁴⁵). Uno de los principales objetivos era participar en la prospección, producción y comercialización de petróleo, a la vez que adquirir una participación en el capital de estas multinacionales extranjeras que operaban en Nigeria¹²⁴⁶. A lo largo de los años, la NNPC ha venido realizando funciones políticas, regulatorias y comerciales¹²⁴⁷. Históricamente la lucha de la NNPC hacia la autonomía ha sido uno de los problemas más latentes del sector.

¹²⁴³ Martos Baltasar, "Delta del Níger: conflicto sobre el impacto petrolero", en *Global Affairs and Strategic Studies*, Universidad de Navarra, 2018. Disponible en: <https://www.unav.edu/web/global-affairs/detalle/-/blogs/delta-del-niger-conflicto-sobre-el-impacto-petrolero>. Recuperado en junio de 2021.

¹²⁴⁴ *Idem*.

¹²⁴⁵ LA NNPC es el vehículo a través del cual el gobierno federal participa en actividades petroleras que van desde exploración y producción de petróleo crudo hasta refinación, comercialización y distribución de petróleo. Está facultado por la Ley NNPC para participar en el desarrollo del petróleo. Para más información sobre la estructura institucional de Nigeria véase: <https://practiceguides.chambers.com/practice-guides/energy-oil-and-gas-2019/nigeria> y <https://neiti.gov.ng/index.php/neiti-legal-and-institutional-framework-contracts-and-licenses>. Recuperado en junio de 2021.

¹²⁴⁶ La empresa fue constituida de acuerdo a la Resolución de la OPEC n° XVI. 90 de 1968, a través de la cual se alentaba a los estados miembros a adquirir el 51% de la participación de capital extranjero, así como participar más activamente en todos los aspectos relacionados con la producción. Amao Olufemi, ...*op.cit.* p. 117.

¹²⁴⁷ La separación de poderes asienta un sistema de control, garantiza una mayor integridad y evita los conflictos de interés que pueden surgir cuando las citadas actividades se concentran en una menor cantidad de organismos. Halland, Håvard, Lokanc, Martin, y Nair, Arvind, Kannan, Sridar Padmanabhan, *El sector de las industrias extractivas Aspectos esenciales para economistas, profesionales de las finanzas públicas, y responsables de políticas*, Grupo Banco Mundial, 2016, p. 60.

Este hecho ha obstaculizado su desarrollo y el del subsector nigeriano aguas arriba¹²⁴⁸. La NNPC todavía realiza todas las funciones, ya que, como se ha indicado, la Asamblea Nacional no ha promulgado completamente la *Petroleum Industry Bill* (PEIB), que es el cuerpo normativo que, entre otros muchos aspectos, establecerá un único regulador independiente y desagregará a la NNPC en dos nuevas entidades.

Actualmente, el gobierno federal posee alrededor del 60% de la participación en el capital de casi la totalidad de las petroleras en activo. En estas el gobierno contribuye proporcionalmente a los costes de las operaciones, y recibe su parte proporcional sobre la producción, mientras que el control administrativo de la compañía queda en manos de la empresa¹²⁴⁹. Este control, acordado contractualmente, implica que las EMN son las que en realidad establecen las reglas de la industria según sus objetivos de garantizar la máxima producción, a la vez que hacen que el gobierno sea muy dependiente de sus operaciones¹²⁵⁰.

El petróleo en Nigeria es propiedad del gobierno federal. Este derecho de propiedad se deriva de la Sección 44 (3) de la Constitución de la República Federal de Nigeria de 1999 y de la Ley de Petróleo de 1969, que confiere la propiedad y el control al Gobierno de la Federación de "todos los minerales, hidrocarburos y gas natural, en superficie o bajo tierra, en Nigeria o en sus aguas territoriales o bajo ellas, y en la zona económica exclusiva de Nigeria¹²⁵¹".

A pesar de los grandes esfuerzos del Gobierno para diversificar y aumentar el impacto de la agricultura y la minería, la industria del petróleo y el gas sigue siendo el pilar de la economía nigeriana. Aunque el sector representa menos del 10% del PIB del país, aporta alrededor del 65% de los ingresos del Gobierno y el 88% de los ingresos de divisas de Nigeria¹²⁵². Además, sigue siendo el mayor productor de petróleo en África (2.5 millones de barriles por día ¹²⁵³) y el 13º país productor de petróleo más grande del mundo¹²⁵⁴. Según la OPEC, dispone de casi 40 mil millones

¹²⁴⁸ Ifesinachi, Ken, "The Nigerian National Petroleum Corporation (NNPC) and Enforcement of Zero Gas Flaring Regime in Nigeria" en *ANSU Journal of Arts and Social Sciences*, 4 (1), 2016, p. 58. Para más información véase: Nwokeji, G. Ugo, *The Nigerian oil and gas industry: history, strategies and current directions*, The James A. Baker III Institute for Public Policy, Rice University, March 2007.

¹²⁴⁹ Amao Olufemi, ... op. cit, p. 118.

¹²⁵⁰ *Idem*.

¹²⁵¹ Constitution of the Federal Republic of Nigeria, 1999.

¹²⁵² KPMG, *Nigerian Oil and Gas Update, Quarterly Newsletter*, First Edition, abril 2019, p.1. Disponible en: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/ng/pdf/tax/Nigerian-Oil-and-Gas-Update.pdf>. Recuperado en junio de 2021.

¹²⁵³ BP, *Statistical Review of World Energy 2019*, p. 16.

¹²⁵⁴ EITI. https://eiti.org/es/implementing_country/32. Recuperado en junio de 2021.

de barriles de reservas probadas de petróleo¹²⁵⁵. Incluso aunque se encuentra entre los principales exportadores de petróleo crudo del mundo, ha llegado a importar alrededor del 85% de sus productos refinados de petróleo debido a la baja capacidad de utilización de sus refinerías nacionales (alrededor del 30%)¹²⁵⁶.

B) Estado de los indicadores de gobernabilidad en Nigeria

En sus casi 50 años de exploración y producción, el sector del petróleo se ha visto obstaculizado por la inestabilidad y las interrupciones del suministro, mientras que el sector de gas natural ha sufrido restricciones por la falta de infraestructura para su comercialización¹²⁵⁷.

De este modo, el EITI en Nigeria se adopta en un contexto marcado por un conflicto que engendró sus raíces debido a dos factores principales. En primer lugar, el impacto que ha tenido en la sociedad la gestión, administración y distribución de los ingresos del petróleo por los sucesivos gobiernos¹²⁵⁸. En este sentido, la distribución de los ingresos provenientes de las exportaciones petroleras ha ido variando a lo largo de las décadas. Se ha señalado que en los años 60, estos se distribuían con cierta equidad y que los Estados productores recibían importantes dividendos, pero que a medida que la explotación petrolera creció, esta tendencia se revirtió. En 1967, el gobierno federal retenía el 50% de los ingresos por exportaciones petroleras, mientras que el sobrante 50% se expedía al estado productor. En los años 70, la proporción decreció, y pasó a ser de un 80% para el gobierno federal y de un 20% para el estado productor, hasta llegar a un porcentaje del 13% para el estado

¹²⁵⁵ *Idem*.

¹²⁵⁶ GIZ, *The Nigerian Energy Sector an Overview with a Special Emphasis on Renewable Energy, Energy Efficiency and Rural Electrification*, 2015, p. 24.

¹²⁵⁷ U.S. Energy Information Administration (EIA), Disponible en: <https://www.eia.gov/international/overview/country/NGA>. Recuperado en junio de 2021. Desde finales de los ochenta, la actividad petrolera enfrenta a compañías, Gobierno y a pueblos como los Ogoni y los Ijaw. Recientemente, se ha manifiesta todavía que el crudo, motor de la economía de Nigeria, es un foco de conflicto debido al impacto medioambiental. Lo que empezó como una protesta social pacífica, acabó generando violencia a finales de los noventa, con varios grupos armados que perpetraban secuestros, robaban crudo y saboteaban las instalaciones petrolíferas. En 2009, gracias a una amnistía del Gobierno el conflicto disminuyó su intensidad. No obstante, el surgimiento de nuevos grupos como los autodenominados Vengadores del Delta, fundado en 2016, cuyo objetivo es crear un Estado soberano en la región, han reavivado el conflicto al atacar numerosas infraestructuras. El País, La maldición del petróleo sacude el delta del Níger, 16 de febrero de 2019. https://elpais.com/internacional/2019/02/15/actualidad/1550243195_941243.html. Recuperado en junio de 2021. Para más información sobre el conflicto del Delta del Níger, véase Martos Baltasar, Delta del Níger: conflicto sobre el impacto petrolero, en *Global Affairs and Strategic Studies*, Universidad de Navarra, 2018. <https://www.unav.edu/web/global-affairs/detalle/-/blogs/delta-del-niger-conflicto-sobre-el-impacto-petrolero>. Recuperado en junio de 2021. Véase también, Santé Abal, José María y Del Hombrebueno Casado, Miguel Romero, "Nigeria, elenco de conflictos. La insurgencia en el Delta del Níger" en *Documento Análisis*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2017. Duverne, Daniela, "Petróleo y pobreza en el delta del Níger" en *Contra Relatos desde el Sur. Apuntes sobre África y Medio Oriente, 2006*, Año II, número 2, pp. 87-96.

¹²⁵⁸ *Ibidem*, p. 90.

productor¹²⁵⁹. A esta circunstancia se le debe sumar una distribución desigual respecto a las comunidades. En particular, la distribución de los recursos en el Delta es una de las principales reivindicaciones y el mayor generador de conflictos de los Movimientos Sociales y de los grupos armados presentes en el Delta¹²⁶⁰. Sin embargo, ni el NEITI y ni el marco normativo del sector extractivo toman en consideración las cuestiones relativas a la población indígena.

Por otro lado, la falta de transparencia y la percepción de la corrupción se concibe también como un detonante del conflicto, en tanto perpetua la discriminación, previene la plena realización del desarrollo humano y puede llevar a comportamientos autoritarios y represivos que impidan el ejercicio de los derechos civiles y políticos, y obstaculicen el desarrollo económico y social¹²⁶¹.

Por último, no puede obviarse que la producción de petróleo ha tenido un fuerte impacto ambiental, en especial en el Delta del Níger¹²⁶². Se trata de una zona donde se concentra la mayor parte del terreno más fértil del país, y por lo tanto, una de las regiones de mayor producción agrícola. Este impacto ha supuesto altos niveles de contaminación en el aire, afectando no sólo al medio ambiente sino también la salud de las personas (incremento por ejemplo de enfermedades respiratorias¹²⁶³), en particular a los principales grupos étnicos que habitan el Delta del Níger: los Ogoni y los Ijaw¹²⁶⁴, quienes han venido solicitando la atención del gobierno, requiriéndoles medidas legislativas de protección a nivel ambiental y social.

El EITI asevera que la adhesión al EITI por parte del gobierno nigeriano ha tenido un alto impacto en el fortalecimiento del debate público, así como sobre la promoción de políticas en torno a los bonos de firma, las regalías no pagadas o el robo del petróleo crudo y los productos refinados. Se han llegado a identificar unos 9.8 mil millones de dólares adeudados al Gobierno Federal, de los cuales 2.4 mil millones se han recuperado gracias a los esfuerzos del EITI en Nigeria¹²⁶⁵. Pero ¿podría decirse que esto ha tenido un impacto en la gobernanza del sector y en la mejora de la situación

¹²⁵⁹ *Ídem*,

¹²⁶⁰ Santé Abal, Jose M., Del Hombrebueno Casado, Miguel Romero, “Nigeria, elenco de conflictos... *op. cit.*”, p. 13.

¹²⁶¹ Amao Olufemi, ... *op. cit.*, p. 149.

¹²⁶² La riqueza hidrocarbúrfica de Nigeria no se encuentra uniformemente distribuida en su territorio, sino que se centra en el sur del país, sobre el delta del Río Níger, zona habitada por importantes minorías étnicas. Duverne, Daniela, ...*op. cit.*, p. 88.

¹²⁶³ *Ibidem*, p. 91.

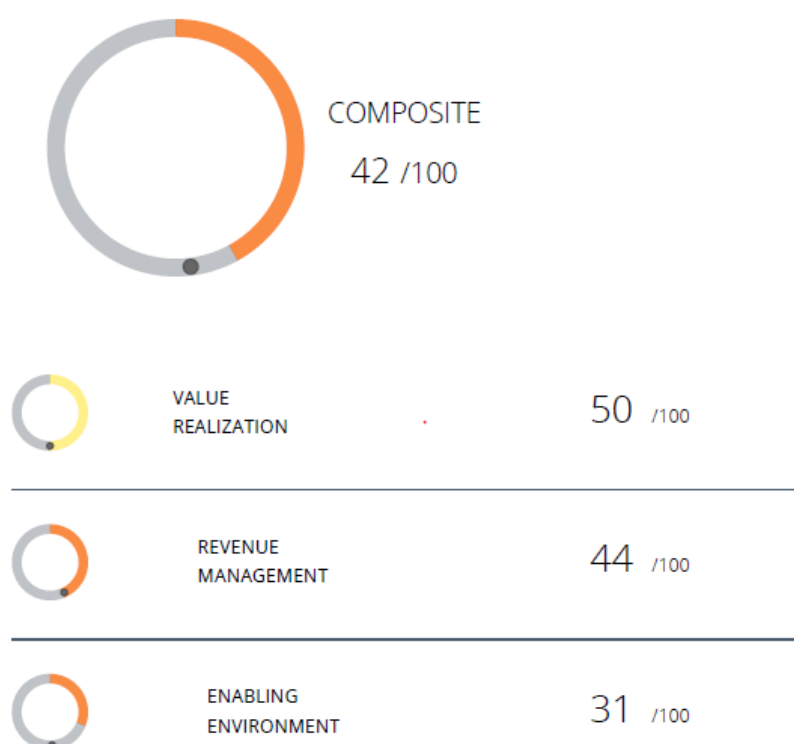
¹²⁶⁴ Los Ogoni y los Ijaw son pueblos dedicados fundamentalmente a la agricultura y la pesca como forma de subsistencia para los que el medio natural es la única y principal fuente de riqueza.

¹²⁶⁵ EITI, <https://eiti.org/nigeria>. Recuperado en junio de 2021.

de la población? ¿Ha supuesto el EITI avances en ese sentido? Aunque, ya se ha afirmado la dificultad de establecer una correlación entre la implementación del EITI y los indicadores de gobernanza, es pertinente conocer la situación del país respecto a los mismos.

A lo largo de los años, Nigeria ha tenido un mal desempeño en los principales índices mundiales de transparencia, responsabilidad y buen gobierno. En la clasificación de 2013 del *Resource Governance Index* (RGI por sus siglas en inglés), Nigeria, obtuvo un puntaje "débil"; 42 puntos de 100, ocupando el puesto 40 de 58 países¹²⁶⁶. Puntuación que no ha mejorado en los últimos años. En el informe de 2017, la puntuación fue de 42 sobre 100, ocupando el puesto 55 de 89 países¹²⁶⁷. Véanse los siguientes gráficos:

Gráfico 1.10 Puntuación general de los componentes evaluados 2017



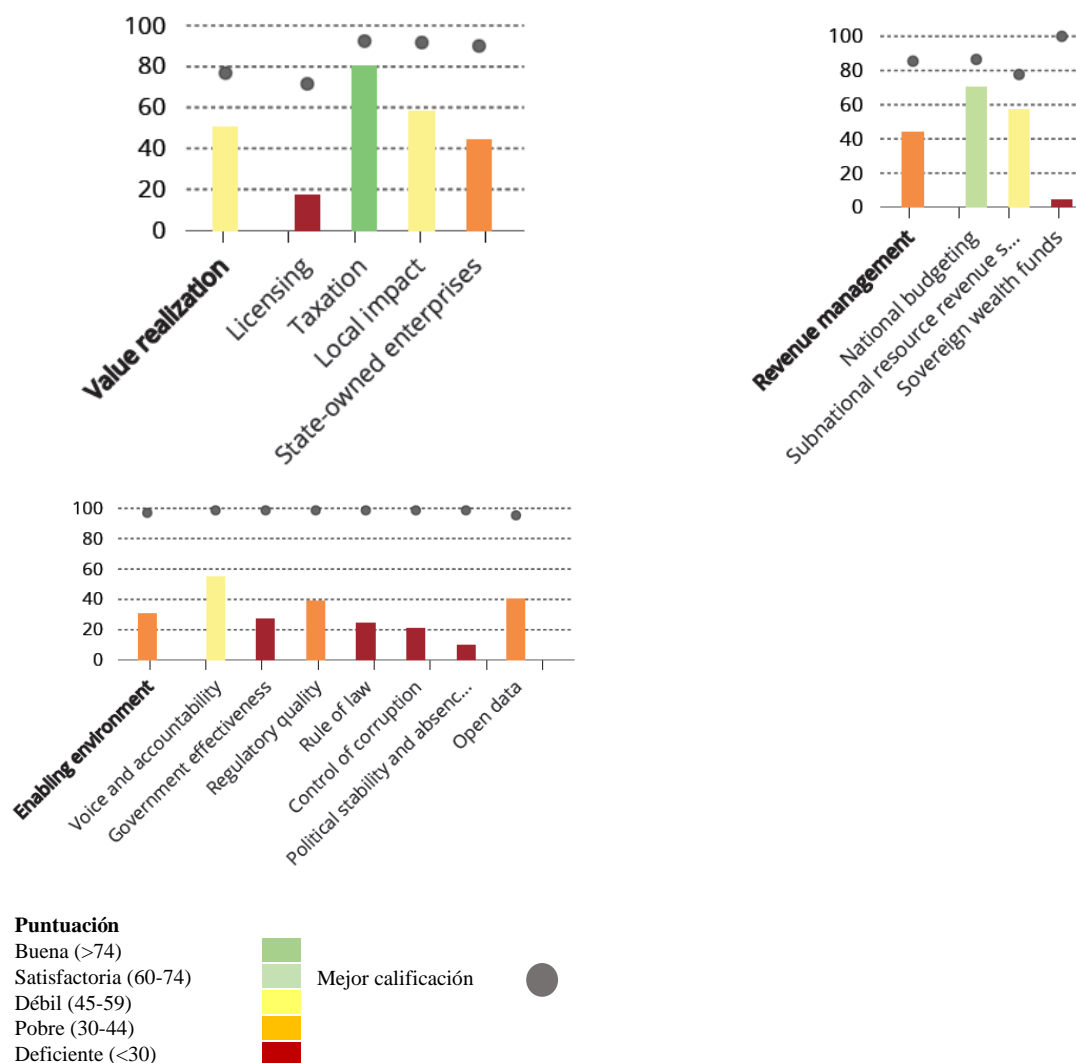
Fuente: RGI¹²⁶⁸

¹²⁶⁶ GRN, *Índice de la Gobernanza de los Recursos Naturales. Una evaluación de la transparencia y rendición de cuentas en los sectores petrolero, gasífero y minero*, 2013.

¹²⁶⁷ El GRN mide la calidad de la gobernanza en las industrias de petróleo, gas y minería. Véase: <https://resourcegovernanceindex.org/country-profiles/NGA/oil-gas>. Recuperado en junio de 2021.

¹²⁶⁸ NGRI: Nigeria. <https://resourcegovernanceindex.org/country-profiles/NGA/oil-gas>. Recuperado en marzo de 2022. En 2021, se llevó a cabo una actualización de estos indicadores, observándose una ligera mejora.

Gráfico 1.1 Puntuación de los subcomponentes evaluados 2017



Fuente: RGI¹²⁶⁹

Los anteriores gráficos muestran que, de los 17 subcomponentes, 6 han obtenido una calificación deficiente. En general muy por debajo de las mejores calificaciones generales obtenidas por otros países. Además, en relación con el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional continúa registrando puntajes muy bajos¹²⁷⁰, 26 sobre un total de 100 puntos, ocupando el puesto 146 de 183 países¹²⁷¹. Tampoco, a través de los indicadores del Banco Mundial (Gráfico 1.12), se percibe

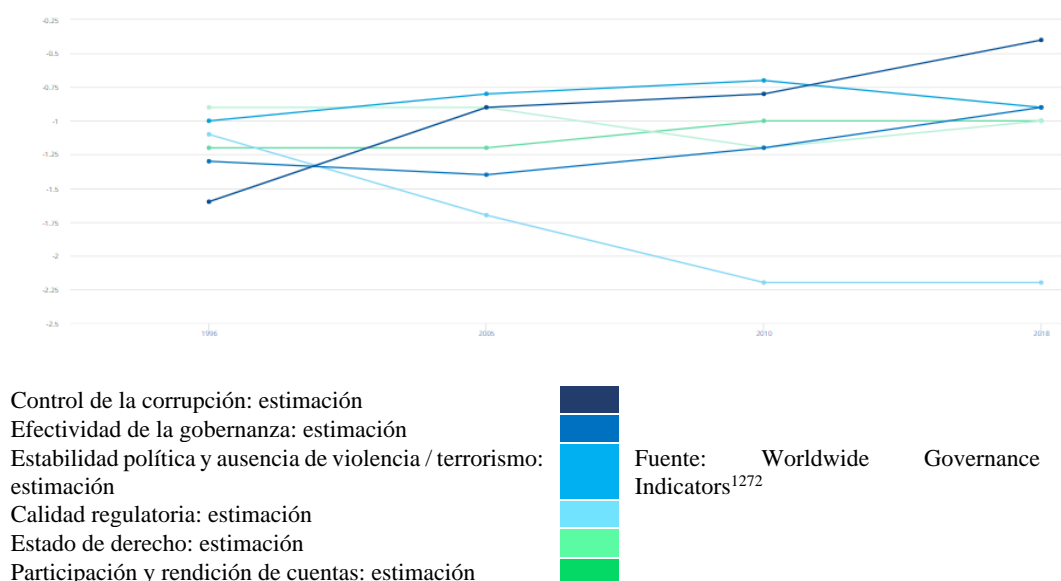
¹²⁶⁹ Ídem.

¹²⁷⁰ En 2015 obtuvo una puntuación de 26 sobre 100, ocupando la posición 136 de 167. Para más información sobre los resultados de otros años véase: <https://www.transparency.org/en/cpi/2015>. Recuperado en junio de 2021.

¹²⁷¹ Transparency International: Corruption Perceptions Index 2019. Véase: <https://www.transparency.org/en/cpi/2019>. Recuperado en junio de 2021.

una evolución muy alentadora. Aunque no podemos establecer un nexo causal directo entre el NEITI y la evolución de estos, se observa que la participación y la rendición de cuentas junto con el estado de derecho han mejorado desde la adhesión al EITI. También se percibe una leve mejora en la percepción del control de la corrupción.

Gráfico 1.12 Worldwide Governance Indicators (Nigeria)



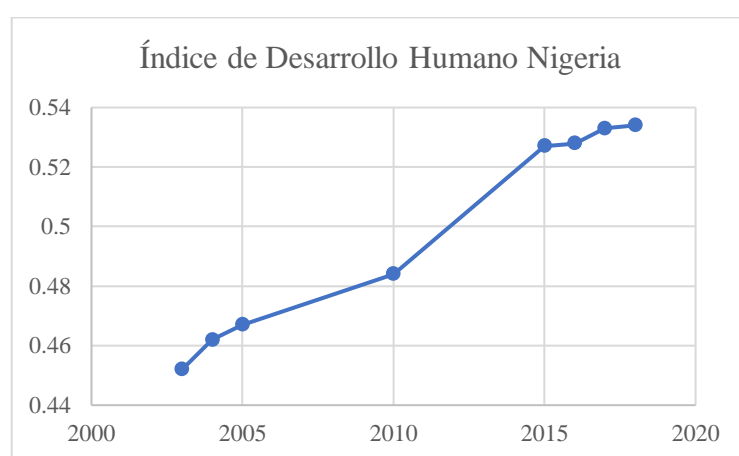
El Índice de Desarrollo Humano (IDH) tampoco muestra una sustancial mejora (véase gráfico 1.9)¹²⁷³. Nigeria, el 13º país productor de petróleo más grande del

¹²⁷² El control de la corrupción estima las percepciones en la medida en que se ejerce el poder público para beneficio privado, incluidas las formas menores y grandes de corrupción, así como la "captura" del estado por parte de las élites y los intereses privados. La estimación de la puntuación se puntúa en una variación aproximada entre -2.5 a 2.5. La *efectividad del gobierno* muestra la percepción de la calidad de los servicios públicos, la calidad del servicio civil y el grado de independencia de las presiones políticas, la calidad de la formulación e implementación de políticas y la credibilidad del compromiso del gobierno con dichas políticas. La estimación de la puntuación se puntúa en una variación aproximada entre -2.5 a 2.5. La *calidad regulatoria* refleja la percepción de la capacidad del gobierno para formular e implementar políticas y regulaciones sólidas que permitan y promuevan el desarrollo del sector privado. La estimación de la puntuación se puntúa en una variación aproximada entre -2.5 a 2.5. El *estado de derecho* manifiesta la percepción hasta qué punto los agentes confían y cumplen las normas de la sociedad, y en particular la calidad de la ejecución de los contratos, los derechos de propiedad, la policía y los tribunales, así como la probabilidad de delincuencia y violencia. La estimación de la puntuación se puntúa en una variación aproximada entre -2.5 a 2.5. La participación y la rendición de cuentas expone la percepción de en qué medida los ciudadanos de un país pueden participar en la selección de su gobierno, así como la libertad de expresión, la libertad de asociación y la libertad de prensa. La estimación de la puntuación se puntúa en una variación aproximada entre -2.5 a 2.5. La estabilidad política y la ausencia de violencia / terrorismo mide la percepción de la probabilidad de inestabilidad política y / o violencia por motivos políticos, incluido el terrorismo. La estimación de la puntuación se puntúa en una variación aproximada entre -2.5 a 2.5. <https://databank.worldbank.org/reports.aspx?source=worldwide-governance-indicators#>. Última modificación de los datos: 11/07/2019. Recuperado en junio de 2021.

¹²⁷³ En 1990, el primer Informe sobre Desarrollo Humano introdujo un nuevo enfoque para avanzar en el bienestar humano. La idea alrededor del concepto de desarrollo humano es entender este desarrollo como la expansión de la riqueza de la vida humana y no simplemente focalizar la riqueza entorno a la mejora en la economía en la que viven los seres humanos. Es por lo tanto un enfoque que se centra en las personas, sus oportunidades y sus elecciones, un desarrollo que va más allá del aumento o la disminución de los ingresos de un país. Unas oportunidades que únicamente florecerán si las personas pueden desarrollar sus capacidades humanas, es decir, disfrutar de una vida larga y saludable, un mayor nivel de educación, la posibilidad de acceder a los recursos necesarios para lograr un nivel de vida digno y poder participar en la vida de la comunidad. Sin estas capacidades, la variedad de opciones y oportunidades disponibles se limita o se hacen inaccesibles. El principio fundamental del IDH en sus inicios fue "el desarrollo nacional debe medirse no solo por el ingreso per cápita, como había sido la práctica durante mucho

mundo, ha aumentado muy levemente este índice, de un 0,452 en 2003 a un 0,534¹²⁷⁴ en 2019 (clasificación 158/189 en 2019) en comparación con Noruega que ocupó el puesto número 1 con un índice del 0,9541275 en 2019 (véase gráfico 1.10). Se observan bajos niveles en cuestiones relativas a la salud (esperanza de vida al nacer; 54,3 años) o la educación (índice de educación; 0,48) entre otros¹²⁷⁶. Por su parte, la tasa de incidencia de pobreza nos indica que ha descendido en muy poca medida. En 2003 era del 48,4% i en 2009 del 46%¹²⁷⁷.

Gráfico 1.13 Índice de Desarrollo Humano de Nigeria



Fuente: elaboración propia en base al IDH. United Nations Development Programme¹²⁷⁸

tiempo, sino también por los logros en materia de salud y educación”. Este índice ha ido evolucionando hasta introducir otros índices adicionales para reflejar otras dimensiones del desarrollo humano (el Índice de Pobreza Multidimensional (IPM), el Índice de Desarrollo Humano ajustado por la Desigualdad (IDH-D), el Índice de Desigualdad de Género y el Índice de Desarrollo de Género. Asimismo, se han llegado a incluir cuadros de indicadores estadísticos para matizar la relación entre el bienestar humano y cinco temas: calidad del desarrollo humano, brecha de género a lo largo del ciclo vital, empoderamiento de las mujeres, sostenibilidad ambiental y sostenibilidad socioeconómica. Para más información véase: Jahan, Selim (dir), Índices e indicadores de desarrollo humano. Actualización estadística de 2018, PNUD, 2018.

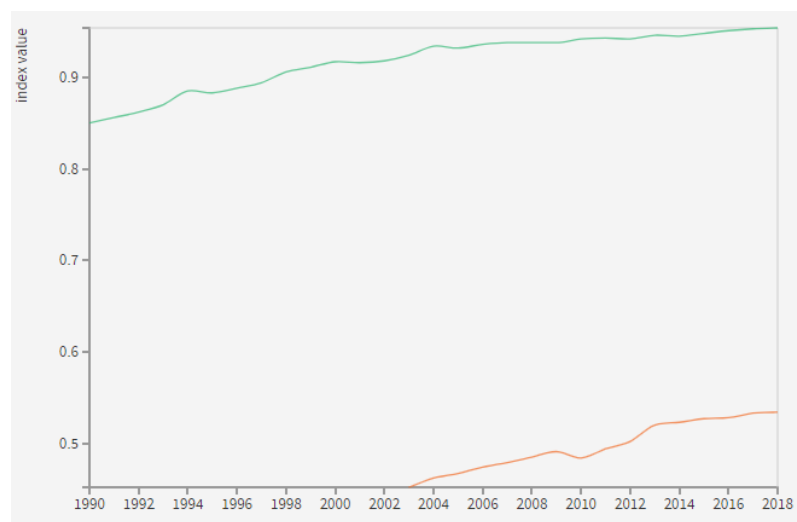
¹²⁷⁴ Este dato muestra que el desarrollo humano en Nigeria sigue siendo bajo de acuerdo con puntos de corte fijos para cuatro categorías de logros de desarrollo humano establecidos por el informe de desarrollo humano de 2014, a saber: i) Desarrollo humano muy alto 0.800 y superior; ii) Alto desarrollo humano 0.700–0.799; iii) Desarrollo humano medio .550–0.699; y iv) Bajo desarrollo humano por debajo de 0.550. Conceição, Pedro (dir), *Human Development Report 2019. Beyond income, beyond averages, beyond today: Inequalities in human development in the 21st century*, PNUD, 2019. Ver. Technical notes: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2019_technical_notes.pdf, p. 3.

¹²⁷⁵ United Nations Development Programme, *Global Human Development Indicators*. Disponible en: <http://hdr.undp.org/en/countries>. Recuperado en junio de 2021.

¹²⁷⁶ UNDP. Disponible en: <http://hdr.undp.org/en/countries/profiles/NGA>. Recuperado en junio de 2021.

¹²⁷⁷ Banco Mundial. Disponible en: <https://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.NAHC?locations=NG>. Recuperado en junio de 2021.

¹²⁷⁸ UNDP. Disponible en: <http://hdr.undp.org/en/data>. Recuperado en junio de 2020.

Gráfico 1.14 Índice de Desarrollo Humano de Noruega vs Nigeria

Fuente: United Nations Development Programme¹²⁷⁹

■ Noruega
■ Nigeria

Esto podría ser un reflejo de que los ingresos derivados de la industria petrolera no son administrados de forma adecuada, a pesar del crecimiento del PIB y del ingreso nacional bruto per cápita (INB) a partir de la adopción del EITI (si bien con un descenso a partir de 2014 hasta la actualidad)¹²⁸⁰. Tampoco el coeficiente GINI¹²⁸¹ presenta una variación significativa. En realidad, este ha ido ascendiendo y descendiendo a lo largo de los años (en 1985 el GINI era de 38,7, en 1996 subió a 51,9 y en 2009 volvió a bajar hasta un 43¹²⁸²).

Un país que además refleja, aunque con una tendencia a la baja, unos niveles muy altos de desigualdad, como se detalla en la siguiente tabla:

Tabla 1.9 Coeficiente de desigualdad humana Nigeria vs Noruega

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Nigeria	40,7	38,9	41,2	40,2	37,5	37,5	36,6	34,6	34,5
Noruega	6,5	5,5	6,2	5,5	5,3	5,4	7,4	7,9	6,7

Fuente: United Nations Development Programme¹²⁸³

¹²⁷⁹ *Ídem*.

¹²⁸⁰ Banco Mundial; <https://datos.bancomundial.org/pais/nigeria>. Recuperado en junio de 2021.

¹²⁸¹ Distribución del ingreso familiar: el índice de Gini mide el grado de desigualdad en la distribución del ingreso familiar en un país. Cuanto más parecida sea la distribución del ingreso de un país, menor será su índice de Gini. Cuanto más desigual sea la distribución del ingreso de un país, mayor será su índice de Gini. Si los ingresos se distribuyeran con igualdad perfecta, el índice sería cero; Si los ingresos se distribuyen con perfecta desigualdad, el índice sería 100.

¹²⁸² Banco Mundial; <https://data.worldbank.org/indicador/SI.POV.GINI?locations=NG>. Recuperado en junio de 2021.

¹²⁸³ UNDP; <http://hdr.undp.org/en/indicators/135006#>. Recuperado en junio de 2021.

COLOMBIA

A) Breve reseña sobre el sector extractivo en Colombia

Podría decirse que los inicios de la historia¹²⁸⁴ de la comercialización del petróleo en Colombia comenzaron hacia 1918, con la firma de dos importantes concesiones (la Concesión Barco y la Concesión De Mares) para la explotación del petróleo en Barrancabermeja y el Catatumbo, respectivamente. Estos son los pilares de lo que es hoy la industria petrolera en Colombia¹²⁸⁵. La evolución de las instituciones y las políticas del sector de los hidrocarburos, como ha sucedido en otros países petroleros, ha estado marcada por las expectativas cambiantes de la producción, las exportaciones e importaciones. Una evolución que se mantuvo muy estable hasta mediados de los años 70¹²⁸⁶. En 1974 se empezaron a producir cambios significativos en la política petrolera. Desde ese momento, la exploración y la producción sólo podían hacerse mediante contratos de asociación¹²⁸⁷ con Ecopetrol, con el fin de incrementar la actividad exploratoria y lograr la autosuficiencia. Estas nuevas reglas mejoraron los resultados y el país recuperó su condición de exportador hacia 1987¹²⁸⁸. Durante estos años, Colombia alcanzaría una época dorada de grandes descubrimientos de yacimientos petroleros. No obstante, a lo largo de estos años, Colombia también se sumiría en una espiral de gastos, combinados con un enorme déficit fiscal y una alta deuda pública, provocando un giro en la estabilidad fiscal de las anteriores décadas¹²⁸⁹.

La década de los 80 cerró con un cambio regulatorio desafortunado. Se estableció, para las asociaciones petroleras, un modelo de contrato de distribución de producción

¹²⁸⁴ Para más información sobre la historia del sector petrolero en Colombia véase: Velásquez, Fabio E., Martínez, Mario F., y Peña, Juliana, *La Agenda de la Sociedad Civil frente a las Industrias Extractivas en Colombia*, Natural Resource Governance Institute, Foro Nacional por Colombia, 2018; Perry, Guillermo y Olivera, Mauricio (ed), *Petróleo y minería: ¿bendición o maldición?*, La Imprenta Editores S.A., 2012; Echeverry, Juan Carlos, Navas, Jaime, Navas, Verónica y Gomez, María Paula, "Oil in Colombia: History, Regulation and Macroeconomic Impact", en *SSRN Electronic Journal*, Documento CEDE núm. 2008-10, 2009, pp. 1-32; Vásquez C, Herman, "La historia del petróleo en Colombia", en *Revista Universidad Eafit*, Vol. 30, núm. 93, 1994, 99-109, entre otros.

¹²⁸⁵ Velásquez, Fabio E., Martínez, Mario F., y Peña, Juliana, *La Agenda de la Sociedad Civil frente a las Industrias Extractivas...op. cit.*, p. 9.

¹²⁸⁶ Perry, Guillermo y Olivera, Mauricio (ed), *Petróleo y minería: ¿bendición o maldición?*, ...op. cit., 173.

¹²⁸⁷ El Estado, a través de Ecopetrol, se convierte en socio de la compañía que tiene éxito en la exploración petrolera. Al encontrarse petróleo, el contrato de asociación establece que Ecopetrol participa con el 50,0% de las inversiones necesarias para el desarrollo de la producción. Esto suponía una menor necesidad de capital de inversión para la compañía extranjera que asume el riesgo exploratorio. Campodónico, Humberto, *Reformas e inversión en la industria...op. cit.*, p. 56.

¹²⁸⁸ Perry, Guillermo y Olivera, Mauricio (ed), *Petróleo y minería: ¿bendición o maldición?*, ...op. cit., 173.

¹²⁸⁹ Echeverry, Juan Carlos, Navas, Jaime, Navas, Verónica y Gomez, María Paula, "Oil in Colombia: History, Regulation and Macroeconomic Impact... op. cit.", p.3.

escalonada. Los pozos exploratorios pasaron de ser 66 en 1988 a apenas 10 en 1995¹²⁹⁰. Como resultado, se empezó a notar la pérdida de interés de las empresas extranjeras. Ante esta situación, durante los años 90, se volvió a dar un giro a estas políticas, variando la participación del Estado con la rentabilidad de cada yacimiento (Ecopetrol empezaba en 30%, en lugar de 50%, como había sucedido con anterioridad¹²⁹¹). Aun así, no se lograron los resultados esperados. De manera paralela a esta situación, en la que las reservas y la producción habían empezado a decaer, el país se vio inmerso en una profunda crisis económica que acentuaba los problemas de orden público. Situación que significó una nueva reforma del sector de los hidrocarburos, con la creación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos y una política de concesiones modernas otorgadas con base a rondas de negociación¹²⁹².

Más recientemente, el Presidente Uribe (2002-2010) y el Presidente Santos, (2010-2018)¹²⁹³, quisieron acabar de convertir a Colombia en un país en el que la explotación de recursos naturales no renovables se convirtiera en el principal producto de exportación, y la fuente por excelencia de las rentas públicas¹²⁹⁴. Es importante resaltar que Colombia no es considerado un país petrolero, como Venezuela o México, aun así, se ha evidenciado una alta dependencia del petróleo al centrar este recurso energético como uno de los principales elementos para su economía¹²⁹⁵. En este sentido, se considera que un país tiene una “economía petrolera” si el sector de hidrocarburos contribuye con al menos 8% del PIB y con el 40% de los ingresos

¹²⁹⁰ La participación del Estado se hizo creciente con la producción acumulada de cada pozo. El asociado a Ecopetrol obtenía el 50% de las ganancias al inicio de la explotación del yacimiento y esta proporción iba decreciendo durante el contrato hasta el 30%, justamente cuando la productividad (y rendimiento económico) de los pozos comenzaba a declinar. Perry, Guillermo y Olivera, Mauricio (ed), *Petróleo y minería: ¿bendición o maldición?, ...op. cit.*, p. 180. Ecopetrol surgió de los activos revertidos de la Concesión de Mares que adjudicó el presidente Rafael Reyes Prieto a la Tropical Oil Company, que en 1921 inició la actividad petrolera en Colombia con la puesta en producción del Campo La Cira-Infantas en el Valle Medio del Río Magdalena, localizado a unos 300 kilómetros al nororiente de Bogotá. <https://www.ecopetrol.com.co/wps/portal/es/ecopetrol-web/nuestra-empresa/quienes-somos/acerca-de-ecopetrol/nuestra-historia>. Recuperado en junio de 2021.

¹²⁹¹ Perry, Guillermo y Olivera, Mauricio (ed), *Petróleo y minería: ¿bendición o maldición?, ...op. cit.*, 301.

¹²⁹² *Ibidem*, p. 173-175.

¹²⁹³ Entre los años 2002 y 2012 el sector se convirtió en uno de los más estratégicos para la economía del país, pasando de representar el 3,5% del PIB en 1995 a al 8% en 2012. Además, aportó más del 40% de los ingresos de la balanza de pagos, el 70% de las exportaciones totales y cerca del 35% de la Inversión Extranjera Directa (IED) del país. En la actualidad, los dividendos de Ecopetrol representan el 68% de las utilidades del sector, impuestos y regalías. Gutiérrez Mejía, Diana Patricia [et al.], *Petróleo y sociedad: el caso de Colombia y Argentina*, Corporación Universitaria Iberoamericana, Editorial, 2018, p. 37.

¹²⁹⁴ Velásquez, Fabio E., Martínez, Mario F., y Peña, Juliana, *La Agenda de la Sociedad Civil frente a las Industrias Extractivas...op. cit.*, p. 9.

¹²⁹⁵ La reducción de los precios internacionales de los productos mineros, en especial, del petróleo y la caída de la demanda externa e interna tuvieron un impacto el crecimiento económico de Colombia. Tras crecer un 5,1% entre 2011-2014, se registraron variaciones del PIB de 2,1% y 1,4% en 2016 y 2017, respectivamente. En 2018 y 2019, se evidenció una recuperación con el crecimiento del PIB de 2,5% y 3,3% en 2018 y 2019. Mincomercio, Oficina de Estudios Económicos. Perfil de Colombia. Disponible en: <https://www.mincit.gov.co/getattachment/1c8db89b-efed-46ec-b2a1-56513399bd09/Colombia.aspx>. Recuperado en junio de 2021.

nacionales por exportaciones¹²⁹⁶. En Colombia los porcentajes de participación en el PIB del petrolero han ido oscilando con el paso de los años, entre un 4,5% en el año 2000, a un 5,2% en 2008, 8,4% en 2012 y 5,0% en 2015¹²⁹⁷. Aunque se trate de un país con unos porcentajes menores, la buena gobernanza adquiere también importancia cuando confluye con una gran dependencia fiscal, como es el caso de Colombia¹²⁹⁸.

B) Estado de los indicadores de gobernabilidad en Colombia

A pesar de lo anterior, este sector se ha encontrado marcado históricamente por la falta de políticas públicas que permitan mitigar, no sólo los impactos negativos de las fluctuaciones del precio de los hidrocarburos, sino también por la falta de políticas que contribuyan al desarrollo local y al bienestar de la sociedad colombiana (minimizando las migraciones laborales, la contaminación ambiental, la segmentación social o la violencia)¹²⁹⁹. Colombia se encontró en una coyuntura extractiva rodeada por la ilegalidad (el 80% de la explotación minera era ilegal) y, en un superávit extractivo de hidrocarburos, que se representó precisamente en la concesión de licencias en todo el territorio nacional sin discriminar aquellos que tenían condiciones especiales. Por otro lado también, un sistema de regalías que generaba constante malestar en las zonas petroleras y una regulación estatal flexible, comportaron el surgimiento de una oleada de protestas y movilizaciones de grupos que exigían espacios en la decisión sobre sus territorios, demandando así procesos democráticos de participación ciudadana¹³⁰⁰. Uno de los hechos más perceptibles de la centralización de una economía basada en la extracción ha sido la explosión de los conflictos socioambientales. Las tensiones sobre la tierra y los recursos naturales permanecen en las zonas rurales a pesar del fin del conflicto entre las FARC y el gobierno colombiano¹³⁰¹. Esta tendencia ha sido propiciada por vectores tales como:

¹²⁹⁶ Unidad de Planeación Minero-Energética, *Evaluación de la contribución económica del sector de hidrocarburos colombiano frente a diversos escenarios de producción*, 2015, p. 8.

¹²⁹⁷ Asociación Colombia del petróleo, Informe económico, Meta, Casanare y Santander, *Principales motores del PIB petrolero en Colombia. Análisis del PIB departamental 2015*, 2016, p. 2.

¹²⁹⁸ Perry, Guillermo y Olivera, Mauricio (ed), *Petróleo y minería: ¿bendición o maldición?*, ...op. cit., p. xi.

¹²⁹⁹ Gutiérrez Mejía, Diana Patricia [et al.], *Petróleo y sociedad: el caso de Colombia y Argentina*, ...op. cit., pp. 37-39. Es decir, aquellos riesgos sobre los que se ha manifestado el sector extractivo presentan más desafíos. *Vide supra*, Capítulo 3.

¹³⁰⁰ Crudo Transparente. Noticia: "El largo camino hacia la transparencia y responsabilidad en el sector extractivo". Disponible en: <https://crudotransparente.com/2019/03/29/el-largo-camino-hacia-la-transparencia-y-responsabilidad-en-el-sector-extractivo/>. Recuperado en junio de 2021. Crudo Transparente es una organización de la sociedad civil que forma parte del Comité Tripartito Nacional (CTN).

¹³⁰¹ Open Democracy. Noticia: La oposición a las industrias extractivas en Colombia alcanza 'su máximo histórico', 2017. Disponible en: <https://www.opendemocracy.net/es/la-oposici-n-las-industrias-extractivas-en-colombia-alcanza-su-m-xim/>. Recuperado en junio de 2021.

la entrega de títulos mineros; los impactos negativos, tanto a nivel económico, social, y ambiental de los proyectos; los problemas laborales, o la reivindicación de intereses por parte de gremios que representan a la pequeña y mediana minería¹³⁰².

En este contexto, se ha remarcado que la negociación de las políticas de estímulo a la explotación se había formulado a puerta cerrada entre el gobierno y el sector privado, excluyendo a las autoridades territoriales y a la sociedad civil del debate sobre su conveniencia¹³⁰³. Si bien el crecimiento económico acontecido entre 2012 y 2013 fue bien acogido, la posterior disminución de la contribución fiscal y económica supuso el aumento del escrutinio público (en particular respecto a la distribución de las regalías extractivas)¹³⁰⁴. El debate suscitado ante esta estrategia, así como el incremento de las luchas socioambientales, resultó en la adopción de un cambio de visión por parte de las entidades públicas, y empezaron a producir más información y de mejor calidad a través de canales más abiertos de acceso a esta, así como un mayor intercambio con las organizaciones sociales¹³⁰⁵.

Parece que, ante esta primera toma de conciencia por la mala gestión del sector, la adhesión de Colombia al EITI instauró un compromiso por parte del Gobierno Nacional, de las empresas y de la sociedad civil para establecer un debate abierto y un seguimiento responsable de los ingresos obtenidos de la explotación de recursos no renovables.

A pesar de este contexto, a diferencia de Nigeria, según los principales índices mundiales de transparencia Colombia ha tenido por lo general un desempeño positivo en responsabilidad y buen gobierno. En la clasificación de 2013 del RGI, Colombia, obtuvo una puntuación calificada como “satisfactoria”; 74 puntos de 100, ocupando el puesto 9 de 58 países¹³⁰⁶. Aunque en 2017 esta puntuación descendió a 71 puntos sobre 100, según el último informe de RGI, ocupando el puesto 7 de 89 países¹³⁰⁷.

¹³⁰² Velásquez, Fabio E., Martínez, Mario F., y Peña, Juliana, *La Agenda de la Sociedad Civil frente a las Industrias Extractivas...op. cit.*, p. 33.

¹³⁰³ *Ibidem*, p. 24.

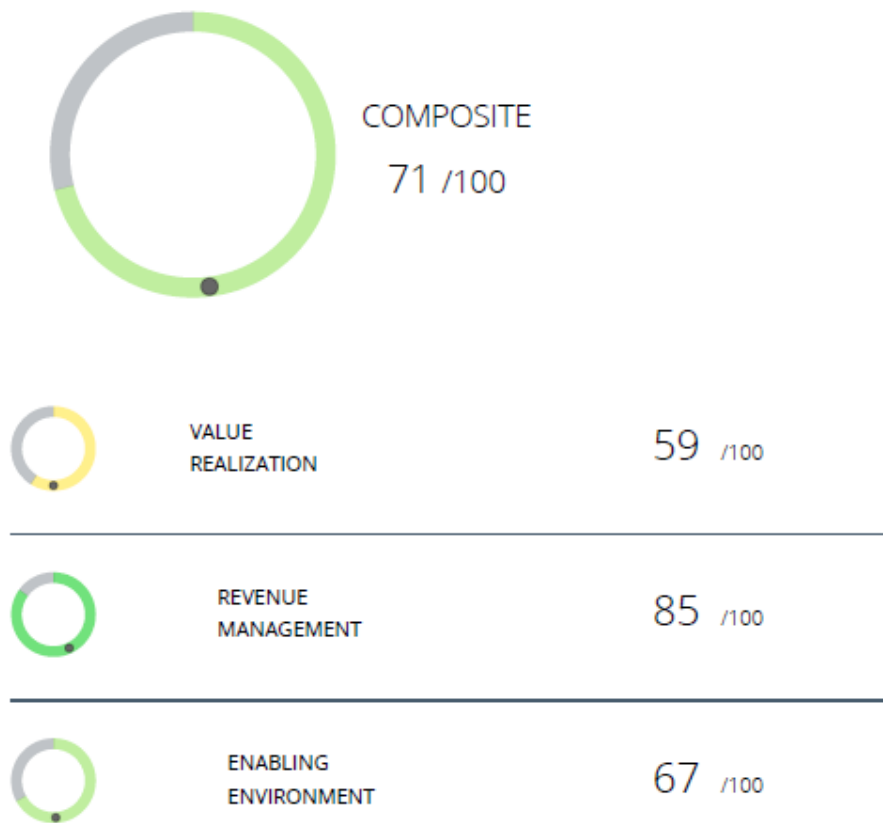
¹³⁰⁴ EITI, *Secretariado Internacional del EITI, Validación de Colombia Informe... op. cit.*, p. 7.

¹³⁰⁵ Velásquez, Fabio E., Martínez, Mario F., y Peña, Juliana, *La Agenda de la Sociedad Civil frente a las Industrias Extractivas...op. cit.*, p. 25.

¹³⁰⁶ Natural Resource Governance Institute, *Índice de la Gobernanza de los Recursos Naturales. Una evaluación de la transparencia y rendición de cuentas...op. cit.*

¹³⁰⁷ El Índice de la Gobernanza de los Recursos Naturales mide la calidad de la gobernanza en las industrias de petróleo, gas y minería. Véase: <https://resourcegovernanceindex.org/country-profiles/NGA/oil-gas>. Recuperado en marzo de 2022. En 2021, se llevó a cabo una actualización de estos indicadores, observándose una ligera mejora.

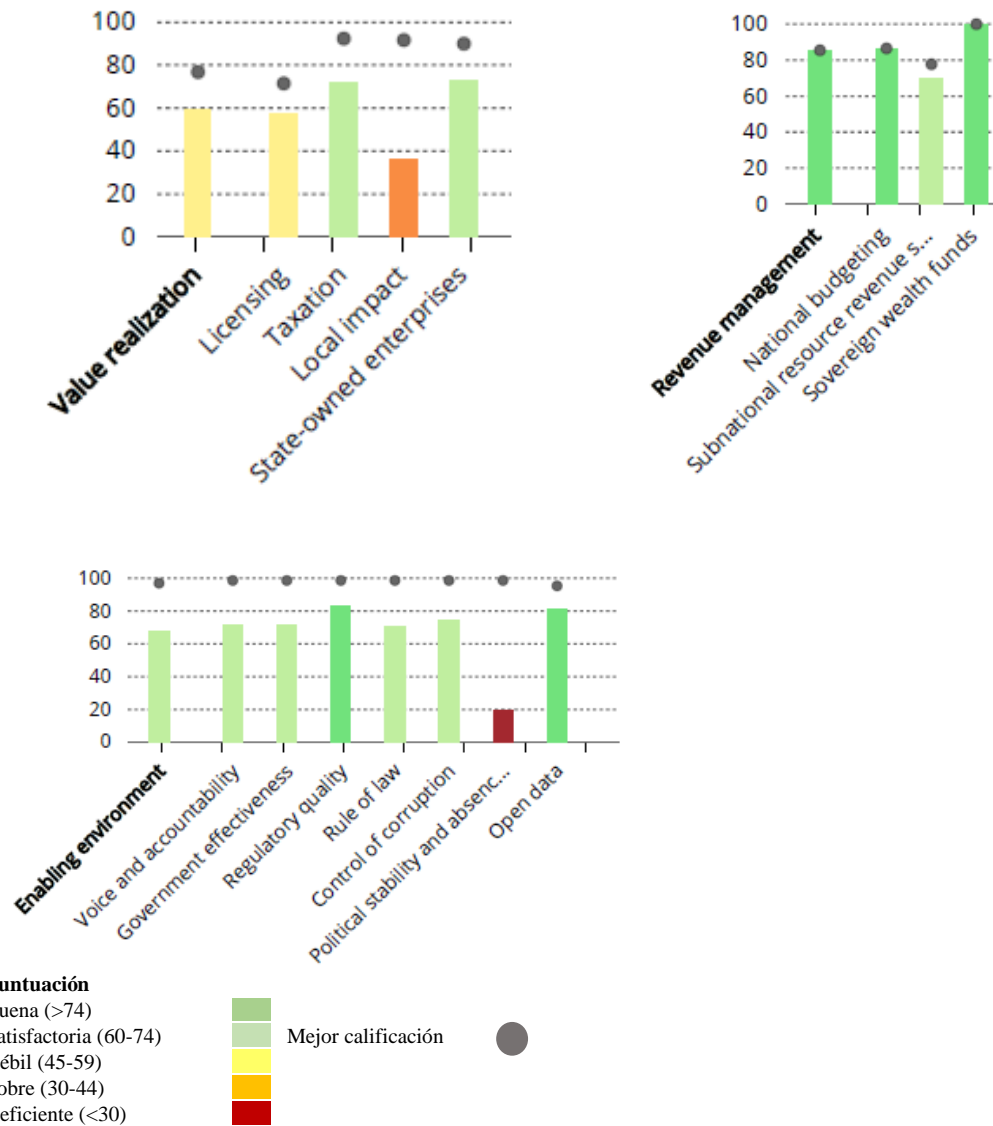
Gráfico 1.15 Puntuación general de los componentes evaluados 2017



Fuente: RGI¹³⁰⁸

¹³⁰⁸ Instituto de Gobernanza de los Recursos Naturales: Colombia. Disponible en: <https://resourcegovernanceindex.org/country-profiles/COL/oil-gas>. Recuperado en junio de 2021.

Gráfico 1.16 Puntuación de los subcomponentes evaluados 2017



Fuente: RGI¹³⁰⁹

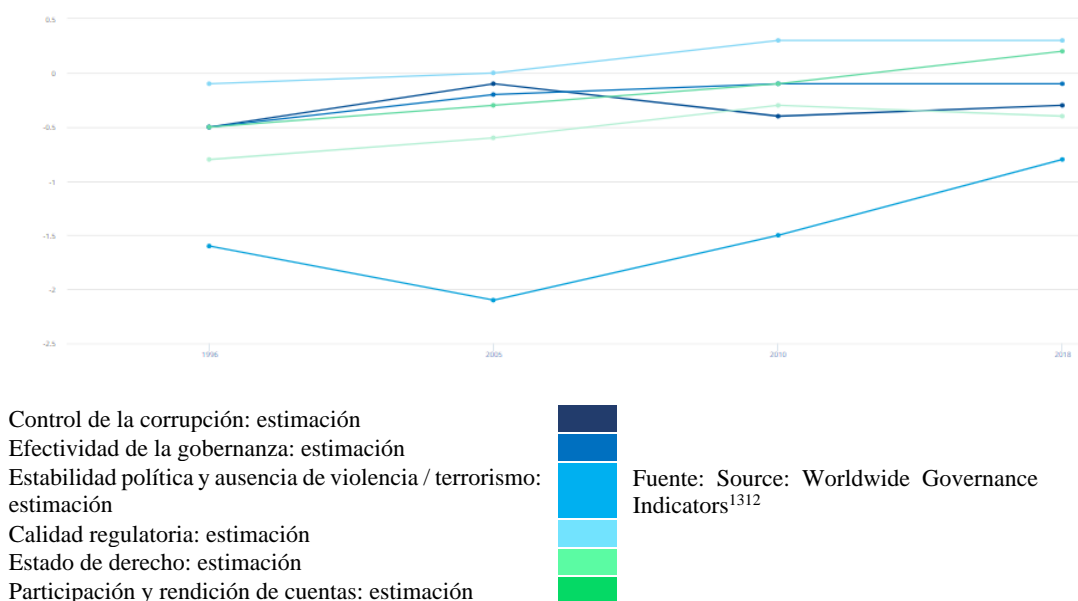
Los anteriores gráficos muestran que, de los 17 subcomponentes, únicamente una categoría obtuvo una calificación deficiente, “estabilidad política y ausencia de violencia”. Sin embargo, el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional, no muestra una calificación destacable, 37 sobre un total de 100 puntos, ocupando el puesto 96 de 183 países¹³¹⁰, manteniéndose sin ninguna percepción de

¹³⁰⁹ Instituto de Gobernanza de los Recursos Naturales: Colombia: <https://resourcegovernanceindex.org/country-profiles/COL/oil-gas>. Recuperado en junio de 2021.

¹³¹⁰ Transparency International: Corruption Perceptions Index 2018. Véase: <https://www.transparency.org/en/cpi/2019>. Recuperado en junio de 2021.

mejora evidente¹³¹¹. Por otro lado, a diferencia de Nigeria, aunque tampoco se pueda establecer un nexo causal con la adhesión al EITI, en los últimos años los indicadores del Banco Mundial (Gráfico 1.17), muestran una tendencia hacia la mejora, en especial, ahora sí, la estabilidad política y ausencia de violencia.

Gráfico 1.17 Worldwide Governance Indicators (Colombia)



Ligado con lo anterior, podría destacarse que los resultados positivos del país en materia económica podrían haber logrado tener un impacto positivo en algunos indicadores sociales, en particular la tasa de pobreza que ha mostrado una tendencia a la baja en las últimas décadas (en 2009 fue del 40,3%, valor que ha ido descendiendo

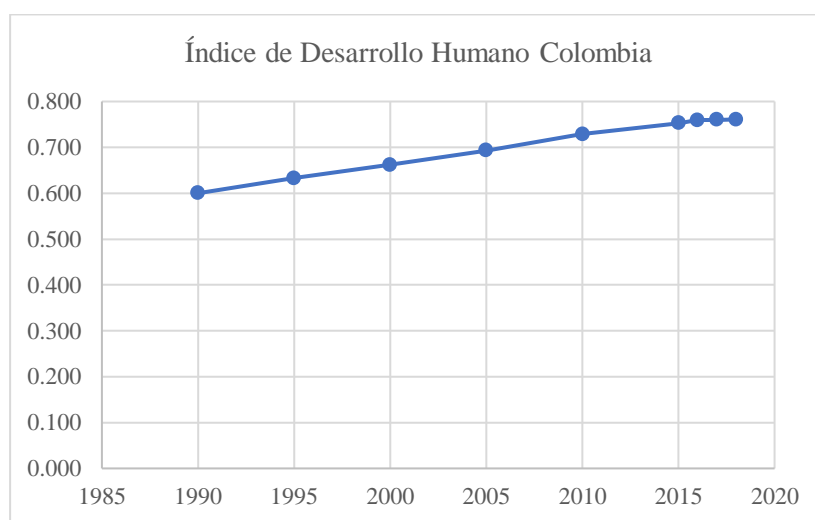
¹³¹¹ En 2015 obtuvo una puntuación de 37 sobre 100, ocupando la posición 83 de 167. Para más información sobre los resultados de otros años véase: <https://www.transparency.org/en/cpi/2015>. Recuperado en junio de 2021.

¹³¹² The World Bank. Disponible en: <https://databank.worldbank.org/reports.aspx?source=worldwide-governance-indicators#>. Última modificación de los datos: 11/07/2019. Recuperado en junio de 2021. El control de la corrupción estima las percepciones en la medida en que se ejerce el poder público para beneficio privado, incluidas las formas menores y grandes de corrupción, así como la "captura" del estado por parte de las élites y los intereses privados. La estimación de la puntuación se puntúa en una variación aproximada entre -2.5 a 2.5. La *efectividad del gobierno* muestra la percepción de la calidad de los servicios públicos, la calidad del servicio civil y el grado de independencia de las presiones políticas, la calidad de la formulación e implementación de políticas y la credibilidad del compromiso del gobierno con dichas políticas. La estimación de la puntuación se puntúa en una variación aproximada entre -2.5 a 2.5. La *calidad regulatoria* refleja la percepción de la capacidad del gobierno para formular e implementar políticas y regulaciones sólidas que permitan y promuevan el desarrollo del sector privado. La estimación de la puntuación se puntúa en una variación aproximada entre -2.5 a 2.5. El *estado de derecho* manifiesta la percepción hasta qué punto los agentes confían y cumplen las normas de la sociedad, y en particular la calidad de la ejecución de los contratos, los derechos de propiedad, la policía y los tribunales, así como la probabilidad de delincuencia y violencia. La estimación de la puntuación se puntúa en una variación aproximada entre -2.5 a 2.5. La participación y la rendición de cuentas expone la percepción de en qué medida los ciudadanos de un país pueden participar en la selección de su gobierno, así como la libertad de expresión, la libertad de asociación y la libertad de prensa. La estimación de la puntuación se puntúa en una variación aproximada entre -2.5 a 2.5. La estabilidad política y la ausencia de violencia / terrorismo mide la percepción de la probabilidad de inestabilidad política y / o violencia por motivos políticos, incluido el terrorismo. La estimación de la puntuación se puntúa en una variación aproximada entre -2.5 a 2.5.

hasta alcanzar en 2018 un 27%¹³¹³), gracias en parte a los resultados de la política social promocionada como el valor agregado del buen comportamiento del sector extractivo en el país¹³¹⁴.

De igual manera, el coeficiente GINI muestra, aunque con una tendencia a la baja, unos avances relativos a pesar del crecimiento económico del país (en 2011 obtuvo una calificación de 53.5, en 2015 de 51.1, hasta 2017 que descendió hasta 49.7, para subir levemente en 2018 a 50.4)¹³¹⁵. Un país, cuyo PIB en cambio ha venido creciendo exponencialmente (de 4.031 mil millones en 1960 hasta llegar al máximo pico en 2013 con 381.867 mil millones¹³¹⁶). Por otro lado, cabe decir que se detecta que el IDH ha aumentado levemente en los últimos años de un 0,693 en 2005 a un 0,761¹³¹⁷ en 2019 (clasificación 79/189 en 2019) en comparación con Noruega, que ocupó el puesto número 1 con un índice del 0,954¹³¹⁸ en 2019.

Gráfico 1.18 Índice de Desarrollo Humano Colombia



Fuente: IDH United Nations Development Programme¹³¹⁹

¹³¹³ Banco Mundial: <https://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.NAHC?locations=CO>. Recuperado en junio de 2021.

¹³¹⁴ Velásquez, Fabio E., Martínez, Mario F., y Peña, Juliana, *La Agenda de la Sociedad Civil frente a las Industrias Extractivas...op. cit.*, p. 49.

¹³¹⁵ Banco Mundial: <https://data.worldbank.org/indicador/SI.POV.GINI?locations=CO>. Recuperado en junio de 2021.

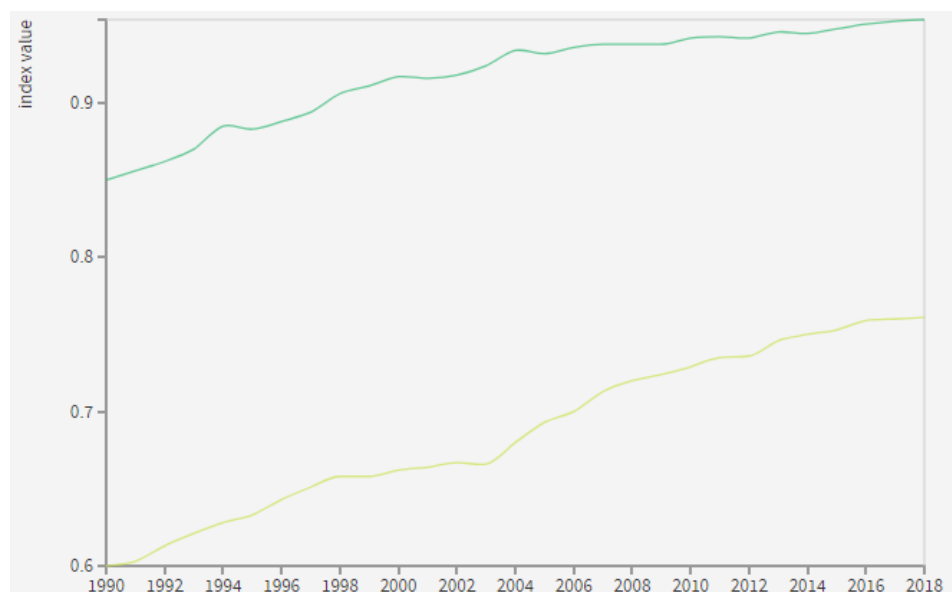
¹³¹⁶ Banco Mundial: <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.CD?locations=CO>. Recuperado en junio de 2021.

¹³¹⁷ Este dato muestra que el desarrollo humano en Nigeria sigue siendo bajo de acuerdo con puntos de corte fijos para cuatro categorías de logros de desarrollo humano establecidos por el informe de desarrollo humano de 2014, a saber: i) Desarrollo humano muy alto 0.800 y superior; ii) Alto desarrollo humano 0.700–0.799; iii) Desarrollo humano medio .550–0.699; y iv) Bajo desarrollo humano por debajo de 0.550. Conceição, Pedro (dir), *Human Development Report 2019. Beyond income, beyond averages, beyond today...op. cit.*, p. 3.

¹³¹⁸ United Nations Development Programme, Global Human Development Indicators: <http://hdr.undp.org/en/countries>. Recuperado en junio de 2021.

¹³¹⁹ UNDP. Disponible en: <http://hdr.undp.org/en/data>. Recuperado en junio de 2020.

Gráfico 1.19 Índice de Desarrollo Humano de Noruega vs Colombia



Fuente: IDH. United Nations Development Programme¹³²⁰

■ Noruega
■ Colombia

A pesar de todo ello, la distribución del ingreso estaría marcada por la inequidad, ya que en Colombia continúa existiendo una cierta desigualdad (véase la diferencia entre Colombia y Noruega en la siguiente tabla).

Tabla 1.10 Coeficiente de desigualdad humana Colombia vs Noruega

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Colombia	27,5	30,1	26,6	25,7	24,1	23,7	22,6	22,9	22,4
Noruega	6,5	5,5	6,2	5,5	5,3	5,4	7,4	7,9	6,7

Fuente: United Nations Development Programme¹³²¹

¹³²⁰ *Ídem.*

¹³²¹ UNDP: <http://hdr.undp.org/en/indicators/135006#>. Recuperado en junio de 2021.

Anexo 5

Tabla 1.11 Países EITI que han adoptado Políticas de Datos Abiertos¹³²²

País	Política de datos abiertos	Año de adopción	Año de unión al EITI
Afganistán	✓	2017	2010
México	✗	✗	2017
Albania	✗	✗	2009
Liberia	✗	✗	2008
Sierra Leone	✗	✗	2008
Ecuador	✗	✗	2020
Etiopía	✗	✗	2014
Seychelles	✗	✗	2014
Ucrania	✓	2016	2013
Malawi	✓	2016	2015
Colombia	✗	✗	2014
Indonesia	✗	✗	2010
Kyrgyzstan	✓	2016	2007
Armenia	✗	✗	2017
Reino Unido	✓	2017	2014
Ghana	✓	2016	2007
Perú	✗	✗	2007
Argentina	✗	✗	2019
Gabón	✗	✗	2021
Guatemala	✗	✗	2011
Trinidad y Tobago	✗	✗	2011
Nigeria	✓	2016	2007
Mongolia	✓	2016	2007
Honduras	✗	✗	2013
Holanda	✗	✗	2018
Burkina Faso	✓	2015	2017
Noruega	✗	✗	2009
Costa de Marfil	✗	✗	2008
Níger	✓	2017	2020

¹³²² Véase EITI, *Publications*. Disponible en: <https://eiti.org/publications>. Recuperado en junio de 2021.

*LA INICIATIVA DE LA TRANSPARENCIA EN LA INDUSTRIA EXTRACTIVA Y LOS DERECHOS HUMANOS
EN EL SECTOR DE LOS HIDROCARBUROS*

Tanzania	✘	✘	2009
Togo	✓	2016	2010
Guyana	✘	✘	2017
Kazakstán	✘	✘	2007
Mozambique	✓	2016	2009
República dominicana	✓	2016	2016
Alemania	✓	2016	2016
Timor Oriental	✘	✘	2008
Tayikistán	✓	2017	2013
Pilipinas	✓	2016	2013
Camerún	✓	2017	2007
República Centroafricana	✘	✘	2008
Chad	✓	2017	2010
Rep. Democrática del Congo	✘	✘	2007
Guinea	✓	2016	2007
Papua Nueva Guinea	✘	✘	2014
República del Congo	✓	2016	2007
Iraq	✘	✘	2010
Madagascar	✓	2016	2008
Mali	✘	✘	2007
Mauritania	✓	2017	2007
Myanmar	✘	✘	2014
Senegal	✓	2016	2013
Surinam	✘	✘	2017
Santo Tomé y Príncipe	✘	✘	2008
Uganda	✘	✘	2020
Zambia	✓	2016	2009

Anexo 6

Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus (Dinamarca), el 25 de junio de 1998

Artículo 4. Acceso a la información sobre el medio ambiente.

1. Cada Parte procurará que, sin perjuicio de lo expresado en los apartados siguientes del presente artículo, las autoridades públicas pongan a disposición del público, en el marco de su legislación nacional, las informaciones sobre el medio ambiente que les soliciten, en particular, si se hace tal petición y sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) infra, copias de los documentos en que las informaciones se encuentren efectivamente consignadas, independientemente de que estos documentos incluyan o no otras informaciones:

- a) Sin que el público tenga que invocar un interés particular;
- b) en la forma solicitada, a menos que:

- i) Sea razonable para la autoridad pública comunicar las informaciones de que se trate en otra forma, en cuyo caso deberán indicarse las razones de esta opción; o
- ii) la información ya esté disponible públicamente de otra forma.

2. Las informaciones sobre el medio ambiente a que se refiere el apartado 1 supra serán puestas a disposición del público tan pronto como sea posible y a más tardar en el plazo de un mes a contar desde la fecha en que se haya presentado la solicitud, a menos que el volumen y la complejidad de los datos solicitados justifiquen una prórroga de ese plazo hasta un máximo de dos meses a partir de la solicitud. Se informará al solicitante de toda prórroga del plazo y de los motivos que la justifican.

3. Podrá denegarse una solicitud de información sobre el medio ambiente si:

- a) La autoridad pública de la que se soliciten no dispone de las informaciones solicitadas;
- b) la solicitud es claramente abusiva o está formulada en términos demasiado generales; o c) la solicitud se refiere a documentos que estén elaborándose o concierne a comunicaciones internas de las autoridades públicas, siempre que esta excepción esté prevista en el derecho interno o en la costumbre, habida cuenta del interés que la divulgación de las informaciones solicitadas tenga para el público.

4. Podrá denegarse una solicitud de información sobre el medio ambiente en caso de que la divulgación de esa información pudiera tener efectos desfavorables sobre:

- a) El secreto de las deliberaciones de las autoridades públicas, cuando ese secreto esté previsto en el derecho interno;

- b) las relaciones internacionales, la defensa nacional o la seguridad pública; c) la buena marcha de la justicia, la posibilidad de que toda persona pueda ser juzgada equitativamente o la capacidad de una autoridad pública para efectuar una investigación de índole penal o disciplinaria; d) el secreto comercial o industrial cuando ese secreto esté protegido por la ley con el fin de defender un interés

económico legítimo. En ese marco deberán divulgarse las informaciones sobre emisiones que sean pertinentes para la protección del medio ambiente; e) los derechos de propiedad intelectual; f) el carácter confidencial de los datos y de los expedientes personales respecto de una persona física si esa persona no ha consentido en la divulgación de esas informaciones al público, cuando el carácter confidencial de ese tipo de información esté previsto en el derecho interno; g) los intereses de un tercero que haya facilitado las informaciones solicitadas sin estar obligado a ello por la ley o sin que la ley pueda obligarle a ello y que no consienta en la divulgación de tales informaciones; o h) el medio ambiente a que se refieren las informaciones, como los lugares de reproducción de especies raras.

Los motivos de denegación antes mencionados deberán interpretarse de manera restrictiva teniendo en cuenta el interés que la divulgación de las informaciones solicitadas tendría para el público y según que esas informaciones guarden o no relación con las emisiones al medio ambiente.

5. Si una autoridad pública no dispone de las informaciones sobre el medio ambiente solicitadas, informará lo antes posible al solicitante sobre la autoridad a que puede dirigirse, según su conocimiento, para obtener las informaciones de que se trate o transmitirá la solicitud a esa autoridad e informará de ello al solicitante.

6. Cada Parte procurará, si la información exenta de divulgación según la letra c) del apartado 3 y el apartado 4 del presente artículo puede dissociarse sin menoscabar su confidencialidad, que las autoridades públicas faciliten el resto de la información medioambiental solicitada. 7. La denegación de una solicitud de información se notificará por escrito si la solicitud se ha hecho por escrito o si su autor solicita una respuesta escrita. En la notificación de denegación la autoridad pública expondrá los motivos de la denegación e informará al solicitante del recurso de que dispone en virtud del artículo 9. La denegación de la solicitud se notificará lo antes posible y en el plazo de un mes a más tardar, a menos que la complejidad de las informaciones solicitadas justifique una prórroga de ese plazo hasta un máximo de dos meses a partir de la solicitud. Se informará al solicitante de toda prórroga del plazo y de los motivos que la justifican. 8. Cada Parte podrá autorizar a las autoridades públicas que faciliten informaciones a percibir un derecho por este servicio, pero ese derecho no deberá exceder de una cuantía razonable. Las autoridades públicas que tengan la intención de imponer el pago de un derecho por las informaciones que faciliten comunicarán a los solicitantes de información las tarifas de los derechos que hayan de pagarse, indicando los casos en que las autoridades pueden renunciar a la percepción de esos derechos y los casos en que la comunicación de informaciones está sujeta a su pago anticipado.

Artículo 5 Recogida y difusión de informaciones sobre el medio ambiente.

1. Cada Parte procurará:

a) Que las autoridades públicas posean y tengan al día las informaciones sobre el medio ambiente que sean útiles para el desempeño de sus funciones;

b) que se establezcan mecanismos obligatorios para que las autoridades públicas estén debidamente informadas de las actividades propuestas y en curso que puedan afectar de manera significativa al medio ambiente; c) que en caso de amenaza

inminente para la salud o el medio ambiente, tanto imputable a actividades humanas como debida a causas naturales, se difundan inmediatamente y sin demora entre los posibles afectados todas las informaciones que puedan permitir al público tomar medidas para prevenir o limitar los daños eventuales y que se encuentren en poder de una autoridad pública.

2. Cada Parte procurará que, en el marco de la legislación nacional, las autoridades públicas pongan a disposición del público, de manera transparente, las informaciones sobre el medio ambiente y que esas informaciones sean efectivamente accesibles, en particular:

a) Proporcionando al público informaciones suficientes sobre el tipo y el alcance de las informaciones sobre el medio ambiente que obren en poder de las autoridades públicas competentes, sobre las principales condiciones en que estén disponibles y sean accesibles esas informaciones y sobre el procedimiento que haya de seguirse para obtenerlas;

b) adoptando y manteniendo medidas prácticas, por ejemplo:

i) Elaborando listas, registros o ficheros accesibles al público;

ii) obligando a los funcionarios a prestar su apoyo al público que trate de tener acceso a informaciones en virtud del presente Convenio; iii) designando puntos de contacto; y

c) Dando acceso gratuitamente a las informaciones sobre el medio ambiente que figuren en las listas, registros o ficheros mencionados en el inciso i) de la letra b) supra. 3. Cada parte velará por que las informaciones sobre el medio ambiente vayan estando disponibles progresivamente en bases de datos electrónicas fácilmente accesibles para el público por medio de las redes públicas de telecomunicaciones. En particular, deberían ser accesibles de esta forma las informaciones siguientes:

a) Los informes sobre el estado del medio ambiente a que se hace referencia en el apartado 4 infra;

b) los textos de las leyes sobre el medio ambiente o relativas al mismo; c) en su caso, las políticas, planes y programas sobre el medio ambiente o relacionados con él, así como los acuerdos relativos al medio ambiente; y d) otras informaciones, en la medida en que la posibilidad de obtenerlas de esta forma facilite la aplicación de la legislación nacional que tenga por objeto aplicar el presente Convenio, siempre que esas informaciones ya estén disponibles en forma electrónica.

4. Cada Parte publicará y difundirá a intervalos regulares no superiores a tres o cuatro años un informe nacional sobre el estado del medio ambiente, en el que figurará información sobre la calidad del medio ambiente y sobre las presiones a que el mismo se encuentra sometido.

5. Cada Parte adoptará medidas, en el marco de su legislación, con el fin de difundir, en particular:

a) Los textos legales y los documentos orientativos, tales como los documentos sobre estrategias, políticas, programas y planes de acción relativos al medio ambiente,

y los informes sobre la situación en que se encuentra su aplicación, elaborados a los distintos niveles de la administración pública;

b) los tratados, convenios y acuerdos internacionales relativos a cuestiones medioambientales; y c) en su caso, los demás documentos internacionales sobre cuestiones relativas al medio ambiente.

6. Cada Parte alentará a los explotadores cuyas actividades tengan un impacto importante sobre el medio ambiente a informar periódicamente al público del impacto sobre el medio ambiente de sus actividades y de sus productos, en su caso, en el marco de programas voluntarios de etiquetado ecológico o de ecoauditorías o por otros medios.

7. Cada Parte:

a) Hará públicos los hechos y los análisis de hechos que considere pertinentes e importantes para elaborar las propuestas relativas a las medidas esenciales que hayan de adoptarse en materia de medio ambiente;

b) publicará o hará accesibles de otra manera los documentos disponibles que expliquen cómo trata con el público las materias objeto del presente Convenio; y c) comunicará de forma apropiada informaciones sobre la manera en que la administración, a todos los niveles, desempeña las funciones públicas o presta servicios públicos relativos al medio ambiente.

8. Cada Parte elaborará mecanismos con objeto de procurar que el público disponga de informaciones suficientes sobre los productos, de forma que los consumidores puedan tomar opciones ecológicas con pleno conocimiento de causa.

9. Cada Parte adoptará medidas para establecer progresivamente, habida cuenta, en su caso, de los procedimientos internacionales, un sistema coherente de alcance nacional consistente en inventariar o registrar los datos relativos a la contaminación en una base de datos informatizada, estructurada y accesible al público, tras recoger esos datos por medio de modelos de declaración normalizados. Este sistema podrá contemplar las aportaciones, descargas y transferencias en los diferentes medios y en los lugares de tratamiento y de eliminación, in situ o en otro emplazamiento, de una serie determinada de sustancias y de productos resultantes de una serie determinada de actividades, en particular el agua, la energía y los recursos utilizados para esas actividades.

10. Nada de lo dispuesto en el presente artículo menoscabará el derecho de las Partes a negarse a divulgar determinadas informaciones relativas al medio ambiente de conformidad con los apartados 3 y 4 del artículo 4.

