



LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS POLÍTICAS DE COMERCIO E INVERSIÓN: EL POTENCIAL DE UN TRATADO DE LA ONU SOBRE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS

INTRODUCCIÓN

El régimen internacional en materia de comercio e inversiones está en el foco de atención. Las repercusiones de varios acuerdos de alto nivel han sido ampliamente debatidas en la esfera pública hasta llegar incluso a cuestionar algunos de estos acuerdos. No obstante, si bien el interés suscitado por estos tratados de inversión bilaterales y acuerdos de libre comercio ha crecido exponencialmente en las últimas décadas, su impacto sobre los derechos humanos no ha recibido la misma atención.

Por ejemplo,¹ en los últimos años las exportaciones agrícolas procedentes de la Unión Europea (UE) han ejercido una considerable presión a la baja sobre los precios de los alimentos en los países en desarrollo, como la leche en polvo de Burkina Faso y Bangladesh o la carne de pollo procedente de Ghana. Muchos pequeños productores han quedado sumidos en la pobreza, o incluso expulsados de los mercados, siendo las mujeres las principales afectadas. Tales exportaciones han llevado a violaciones del derecho humano a la alimentación y de otros derechos sociales, y han socavado los esfuerzos por mejorar la sostenibilidad y reducir los impactos climáticos de la producción y el consumo.

Igualmente, la demanda de abolir los impuestos a la exportación puede generar una mayor explotación de los recursos mineros, un sector en el que son excesivamente frecuentes los daños medioambientales y los efectos climáticos, así como las violaciones de los derechos humanos, incluida la expropiación de la tierra en detrimento de los medios de subsistencia de las mujeres. Las disposiciones de protección de las inversiones permiten a los inversores extranjeros impugnar las legislaciones nacionales y

exigir miles de millones de euros como compensación por la injusticia percibida o la expropiación indirecta. Estos inversores pueden incluso emprender acciones legales en contra de reformas que afecten la propiedad de la tierra, el abastecimiento de agua, la atención médica o la protección de los derechos humanos y el medio ambiente.²

CIDSE y sus miembros cooperan estrechamente con organizaciones locales, muchas de las cuales son organizaciones de mujeres, para defender a aquellas comunidades cuyos derechos y medios de subsistencia se han visto seriamente afectados por los aludidos acuerdos comerciales. Hemos instado a que se preste especial atención a esta realidad en el contexto de diferentes acuerdos, como los que existen entre la UE y Perú, Colombia, Centroamérica, India o diversas regiones y países africanos. En este sentido, hemos elaborado propuestas para la reforma de ciertos instrumentos, incluyendo cláusulas de derechos humanos y evaluaciones de impacto sobre la sostenibilidad.³ A la hora de analizar las negociaciones más recientes, como las que se han celebrado entre la UE y Canadá o Estados Unidos, hemos tratado de evaluar si estos acuerdos son compatibles con las normas internacionales en materia de empresas y derechos humanos.

Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2011, abordan explícitamente los acuerdos internacionales de comercio e inversión y aclaran que se espera que los Estados cumplan consistentemente su obligación de proteger los derechos humanos en este contexto, advirtiéndoles sobre la necesidad de elaborar políticas adecuadas y de reservarse suficiente capacidad legislativa para ello.

¹ Armin Paasch (MISEREOR), "The fig-leaf approach to human rights", D+C Desarrollo y Cooperación, 11 de octubre de 2016. <https://www.dandc.eu/en/article/eu-trade-policies-do-not-take-human-rights-account-appropriately>.

² Por ejemplo, En Guatemala, documentos internos del gobierno obtenidos a través de la Ley de Libertad de Información muestran cómo el riesgo a que se produjese una reclamación de este tipo pesó significativamente en la decisión del Estado de no cerrar una controvertida mina de oro pese a las protestas de los ciudadanos de la zona y la recomendación de cierre expresada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Lorna Gold (Trocaire) entre otros, "The impact on and opportunities in relation to TTIP", 2016, <https://www.trocaire.org/sites/default/files/resources/policy/trocaire-attac-submission-to-jobs-committee-jan-2016.pdf>.

³ Contribución de CIDSE a la consulta pública organizada por la Comisión Europea sobre el mecanismo de evaluaciones de impacto sobre la sostenibilidad en el marco de las negociaciones comerciales de la UE, 2015.

Asimismo, el Consejo de Derechos Humanos adoptó en 2014 la resolución 26/9 por la que se establece un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos con el mandato de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos. Uno de los temas clave debatidos durante las sesiones de trabajo de este grupo en 2015 y 2016 fue precisamente la forma en que este Tratado podría servir para resolver los conflictos potenciales entre las políticas de comercio e inversión y los derechos humanos, y asegurar la prevalencia de estos últimos.

Con el objetivo de profundizar este análisis y contribuir al debate, CIDSE encargó un estudio al Profesor Markus Krajewski de la Universidad de Erlangen-Nürnberg en Alemania, titulado “Ensuring the Primacy of Human Rights in Trade and Investment Policies: Model clauses for a UN Treaty on transnational corporations, other businesses and human rights”⁴ (Garantizando la Primacía de los Derechos Humanos en el marco de las Políticas de Comercio y de Inversión: cláusulas modelo para un Tratado de la ONU sobre corporaciones transnacionales y otras empresas, y derechos humanos). El estudio examina, a través de ejemplos concretos, las posibles áreas de conflicto entre, por un lado, las obligaciones de los Estados en virtud de los actuales acuerdos de comercio e inversión y, por otro, sus obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos. Consecuentemente, el estudio analiza las diferentes opciones para la posible reforma de los instrumentos y mecanismos dentro del actual régimen de comercio e inversión. Finalmente, explora el potencial de un futuro Tratado sobre empresas y derechos humanos para ayudar a superar las limitaciones y las lagunas de estas reformas y contribuir así a garantizar la prevalencia de la legislación en materia de derechos humanos sobre el comercio y las inversiones.

ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN UNA REFORMA FUNDAMENTAL



“La actividad empresarial es una noble vocación orientada a producir riqueza y a mejorar el mundo.”

Papa Francisco, *Laudato Si'* sobre el Cuidado de la Casa Común, 129.

Para CIDSE, garantizar que las empresas contribuyan al bienestar de las personas y al respeto de los derechos humanos deberá acompañarse necesariamente de una reforma de las políticas de comercio e inversión. Como se ha mencionado anteriormente, existen múltiples ejemplos de cómo la aplicación de estos acuerdos y la injerencia de las grandes empresas repercuten negativamente sobre los derechos humanos, en especial sobre los medios de subsistencia de las mujeres.

Este tema atañe a cuestiones fundamentales de justicia. ¿Deberían las condiciones estipuladas en los acuerdos de comercio e inversión poder inhibir la capacidad de modificar leyes nacionales injustas, como la ley minera en Guatemala, que permite el uso de cianuro y exige sólo un 1% de regalías?, ¿Deben los inversores extranjeros tener acceso privilegiado

a tribunales privados de arbitraje ante los cuales denunciar en caso de violaciones de sus derechos mientras que individuos y comunidades enteras cuyos derechos han sido atropellados luchan duramente para tener acceso a la justicia? En realidad, los acuerdos de comercio y de inversión refuerzan los desequilibrios de poder, al proporcionar a las empresas transnacionales instrumentos adicionales que les permiten influir en los procesos legislativos nacionales en materia de derechos laborales, salud o protección del medioambiente. Esto socava la democracia y las obligaciones internacionales y constitucionales que los Estados deben cumplir con respeto a la dignidad humana, los derechos humanos y el bien común.

Estos temas ocupan un lugar cada vez más predominante entre las preocupaciones de los ciudadanos y cada vez son más los que se movilizan contra los acuerdos de comercio e inversión. Los últimos acontecimientos políticos han subrayado la necesidad de repensar nuestro sistema de comercio internacional, reflexionar sobre la realidad de las cadenas de suministro de las empresas multinacionales, así como las diferentes legislaciones nacionales que resultan inadecuadas o que no se aplican eficazmente. Estos asuntos no pueden abordarse únicamente a escala nacional. Además de los esfuerzos más que significativos desplegados por organizaciones locales, incluyendo movimientos sociales, sociedad civil y organizaciones eclesásticas, se necesita un mayor impulso a escala internacional para garantizar el respeto sistemático de los derechos humanos, así como la coherencia de las políticas con los compromisos adoptados a escala internacional en materia de desarrollo sostenible y cambio climático.

LAS REFORMAS DE LAS POLÍTICAS COMERCIALES Y SUS LÍMITES

CIDSE y sus miembros defienden desde hace tiempo la reforma de los acuerdos de comercio e inversión con el objetivo de garantizar que el espacio nacional de acción reservado a la protección de los derechos humanos no se restrinja sino que se amplíe. En este sentido, hemos conseguido que la UE incluya sólidas disposiciones relativas a las evaluaciones de impacto medioambiental en el marco de estos acuerdos comerciales. No obstante, a menudo las evaluaciones de impacto suelen llevarse a cabo una vez que las negociaciones comerciales han avanzado considerablemente y, en esa fase, corregir el rumbo resulta especialmente difícil.

Los miembros de CIDSE también han propuesto incluir los derechos humanos en las cláusulas de excepción en los acuerdos de comercio e inversión para garantizar que las disposiciones de dichos acuerdos no obstaculicen la adopción de medidas encaminadas al respeto, la protección o el ejercicio de los derechos humanos, así como el respeto de los principios democráticos y el imperio de la ley en sus acciones nacionales e internacionales.⁵ Este tipo de cláusulas modelo, desarrolladas por el Profesor Lorand Bartels para MISEREOR y el Instituto alemán para los Derechos Humanos, incluirían el establecimiento de un mecanismo de reclamación para la sociedad civil y darían margen para poder enmendar las cláusulas más problemáticas de los acuerdos comerciales. No obstante, esta propuesta no ha sido adoptada.

⁴ <http://www.cidse.org/publications/business-and-human-rights/business-and-human-rights-frameworks/ensuring-the-primacy-of-human-rights-in-trade-and-investment-policies.html>.

⁵ Lorand Bartels, “A Model Human Rights Clause for the EU’s International Trade Agreements”, MISEREOR / Instituto alemán para los Derechos Humanos, 2014, http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/Studie_A_Model_Human_Rights_Clause.pdf.

La experiencia nos ha demostrado que los Principios Rectores no vinculantes de la ONU no han supuesto, por el momento, un cambio significativo por parte de los Estados concerniente a las prácticas de negociación o aplicación de acuerdos de comercio y de inversión y, por tanto, no resultan suficientes. A manera de ejemplo, el CETA, (Acuerdo Económico y Comercial Global firmado entre la UE y Canadá), no incluye ninguna disposición que pudiera considerarse como una aplicación de los Principios Rectores, ni siquiera en el caso de la cláusula sobre el “derecho a regular” que no menciona las obligaciones en materia de derechos humanos. Lo mismo ocurre con la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP) negociada entre la UE y los Estados Unidos, como lo demuestra un estudio encargado por CAFOD.

Los textos de negociación del TTIP no dejaban claro si las medidas adoptadas por los gobiernos para proteger los derechos humanos contra cualquier impacto negativo y mejorar la actuación de las empresas en materia de derechos humanos entrarían dentro del ámbito de los “objetivos legítimos de orden público”.⁶ Además, como señala el Profesor Krajewski, las disposiciones sobre el “derecho a regular” se basan en una percepción errónea de la naturaleza de los acuerdos comerciales y de inversión pues generalmente no cuestionan el derecho a regular de los Estados, sino que restringen las posibilidades de acción política únicamente a aquellas opciones que menos afecten a los beneficios de las empresas, y exigen a los Estados que paguen compensaciones por las medidas que resulten incompatibles con las disposiciones del acuerdo comercial. Por lo tanto, las cláusulas relativas al “derecho a regular” resultan en gran medida ineficaces.

Se ha propuesto un tribunal internacional que sustituiría a las comisiones privadas que hasta ahora se han ocupado de resolver las controversias entre los inversores extranjeros y los Estados. Esto respalda la idea de que los inversores extranjeros merecen disponer de un derecho especial que les permita demandar a cualquier entidad estatal, a pesar de que ya cuentan con múltiples instancias a las que acudir para emprender acciones legales que les permitan defender sus intereses comerciales. Esto contrasta con la falta de progreso registrado a la hora de proporcionar un acceso significativo a la justicia para todas aquellas víctimas de violaciones de los derechos humanos.

EL POTENCIAL DE UN TRATADO DE LAS NACIONES UNIDAS



“Las actividades empresariales deben fomentar mejores condiciones de vida y mayor bienestar para los pobres y las comunidades indígenas.”

Monseñor Álvaro Ramazzini, Obispo de Huehuetenango, Guatemala, durante un debate celebrado en el Parlamento Europeo, marzo de 2017.

De lo anteriormente mencionado se desprende claramente que el margen para la introducción de reformas en las políticas comerciales actuales es muy limitado. Por tanto, se necesita establecer un conjunto de normas claras en el derecho internacional que garantice la prevalencia de los derechos humanos sobre la legislación en materia de comercio e inversiones. El estudio realizado por el Profesor Krajewski desarrolla y

explica las cláusulas modelo relativas a tres aspectos específicos de las políticas de comercio e inversión que podrían incluirse en un Tratado sobre empresas y derechos humanos. Desde CIDSE resaltamos los siguientes aspectos clave:

» 1. REGULAR LA RELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS ACUERDOS DE COMERCIO E INVERSIÓN

Las disposiciones del Tratado podrían regular la relación entre los acuerdos de comercio e inversión y los derechos humanos a través de una cláusula específica de supremacía, o a través de requisitos que garanticen el respeto de los derechos humanos en las controversias en materia de comercio e inversión, y a través de la inclusión de obligaciones y cláusulas en materia de derechos humanos en futuros acuerdos de comercio e inversión.

A la luz de las similitudes entre todos los tratados internacionales, el Tratado podría establecer una supremacía formal de las obligaciones relativas a los derechos humanos sobre los acuerdos comerciales y de inversión a través de una cláusula de supremacía explícita, de modo que en caso de conflicto entre el Tratado y otro acuerdo celebrado entre dos o más partes del Tratado, el primero prevalecería sobre el segundo. Esto proporcionaría la mayor protección posible; alternativamente, las Partes en el Tratado incorporarían una cláusula de excepción en los acuerdos comerciales y de inversión, en la que se hiciese referencia a las obligaciones e instrumentos relativos a los derechos humanos y que cubriese tanto las políticas internas como las internacionales.

En cuanto a las controversias sobre comercio e inversiones, CIDSE considera que no deberían concluirse nuevos acuerdos que contengan derechos especiales para que los inversores puedan demandar a los Estados. En el caso de los acuerdos existentes, debería incluirse una disposición en el Tratado que estableciese como criterio mínimo el reconocimiento de las obligaciones derivadas del Tratado en los mecanismos de resolución de las controversias en materia de inversión y comercio.

El estudio del Profesor Krajewski señala que es improbable que el reequilibrio y la reorganización de la relación entre las normas de inversión y comercio y los derechos humanos en un acuerdo tengan efectos negativos en el desempeño comercial y de inversión esperado por las partes firmantes de dicho acuerdo.

» 2. REALIZAR EVALUACIONES DE IMPACTO SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

El Tratado podría exigir a los Estados la realización de evaluaciones de impacto en materia de derechos humanos antes, durante y al final de las negociaciones de un nuevo acuerdo de comercio e inversión, y revisar periódicamente el impacto de dicho acuerdo sobre los derechos humanos.

En línea con los argumentos que acabamos de detallar, las evaluaciones de impacto en materia de derechos humanos son necesarias para garantizar que se preste la atención necesaria a los derechos de las mujeres, los pueblos indígenas, los pequeños productores, los trabajadores informales, los niños y las personas discapacitadas; y a las

⁶ CAFOD, “Leader or laggard? Is the UK meeting its commitments on business and human rights?”, noviembre de 2016.

obligaciones de los Estados derivadas de los derechos humanos. Para que las políticas comerciales sean coherentes con la sostenibilidad y los derechos humanos, las evaluaciones de impacto deben servir de base para la toma de decisiones sobre el mandato de la negociación, analizando una amplia gama de posibilidades, durante todo el ciclo de las negociaciones y en la fase de implementación del acuerdo comercial. El Tratado también podría detallar los términos y condiciones específicas para la realización de tales evaluaciones.

» 3. INCLUIR OBLIGACIONES RELATIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS RÉGIMENES DE CRÉDITO A LA EXPORTACIÓN Y DE GARANTÍAS DE INVERSIONES

El Tratado sobre empresas y derechos humanos podría especificar las obligaciones de las agencias de crédito a la exportación y de garantías de inversiones.

Un estudio encargado por MISEREOR y otros concluye que la agencia alemana de crédito a la exportación y el banco estatal *KfW IPEX Bank* falló en la identificación adecuada de los riesgos relativos a los derechos humanos y al medio ambiente antes de financiar y respaldar parcialmente la construcción de dos centrales eléctricas de carbón en Sudáfrica. La extracción del carbón y las centrales eléctricas de carbón tienen efectos negativos sobre los derechos humanos de las comunidades locales, especialmente los relacionados con el medio ambiente como el derecho al agua, a la alimentación y a la salud.

Los créditos a la exportación y los seguros o garantías de inversiones desempeñan un papel fundamental en el contexto de las actividades de las empresas y los derechos humanos, tal y como se menciona en los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Los incentivos económicos para los inversores extranjeros o para las empresas exportadoras no suelen abordarse en los acuerdos de comercio y de inversión (excepto en el caso del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones). No obstante, estos incentivos tienen un impacto considerable en la situación de los derechos humanos en el país importador o en el país de destino. La mayoría de los sistemas nacionales de créditos a la exportación y de garantías de inversiones se basan en leyes o políticas nacionales ya que, más allá de los enfoques voluntarios de la OCDE, no existen normas internacionales de obligado cumplimiento para las agencias de garantías de inversiones o de crédito a la exportación.

Por consiguiente, el Tratado podría aportar valor añadido en este ámbito mediante el establecimiento de un conjunto de normas equitativas que nivelen el terreno de juego para todas las partes implicadas. Esto podría tener como objetivo garantizar que las empresas que reciben apoyo financiero y de otra índole no violen ni contribuyan a la violación de los derechos humanos y que dicho apoyo no incite a cometer tales violaciones. Las obligaciones podrían cumplirse mediante medidas concretas, incluyendo la exigencia de realizar evaluaciones de impacto

sobre los derechos humanos y/o llevar a cabo la debida diligencia en materia de derechos humanos, así como el bloqueo de los incentivos en caso de violación.

“Un estudio del impacto ambiental no debería ser posterior a la elaboración de un proyecto productivo o de cualquier política, plan o programa a desarrollarse. Tiene que insertarse desde el principio y elaborarse de modo interdisciplinario, transparente e independiente de toda presión económica o política.”

Laudato Si’ sobre el Cuidado de la Casa Común, 183.

CONCLUSIÓN

Con este estudio, CIDSE presenta diversas propuestas de disposiciones que podría contener un futuro Tratado y que podrían servir para alimentar un debate más amplio. Teniendo en cuenta que el tercer período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental, que se celebrará en octubre de 2017, iniciará las negociaciones sobre el borrador del texto del Tratado, este es un momento especialmente oportuno para presentar una posible formulación concreta de sus disposiciones. Para CIDSE y sus miembros, es esencial que el Tratado no se desarrolle de forma aislada sino que se integre en un contexto completo, incluyendo su relación con los acuerdos de comercio e inversión, para que la protección de los derechos humanos sea allí reforzada y no debilitada.

Como Markus Krajewski destaca en sus conclusiones, el régimen internacional de acuerdos de comercio e inversión adolece actualmente de una importante crisis de legitimidad que debe considerarse como una oportunidad para introducir nuevos enfoques jurídicos que aborden la relación entre los derechos humanos y las políticas de inversión y comercio.

El régimen de comercio e inversión se encuentra en la actualidad en una encrucijada. Ahora que se ha firmado el CETA, se está utilizando como modelo para una nueva generación de acuerdos comerciales, incluso para futuros acuerdos bilaterales potenciales con el Reino Unido. Sin embargo, el CETA presenta claras limitaciones, como ya hemos destacado anteriormente. La UE también está tratando de establecer un nuevo modelo de acuerdos de inversión, comenzando por acuerdos actualmente en negociación con países como Myanmar. Por lo tanto, es un momento clave para estimular el debate, la reflexión sobre cuestiones de justicia y el planteamiento de nuevas ideas y medidas con el objetivo de que el comercio y la inversión puedan servir para proteger los derechos humanos, en lugar de infringirlos, y restablecer la confianza de los ciudadanos en la capacidad de los gobiernos para trabajar en pos del interés común.

⁷ MISEREOR / Action Aid / MACUA, “When only the coal counts – German co-responsibility for human rights in the South African coal sector”, 2017.

Este artículo está disponible en alemán, español, francés, inglés y italiano en www.cidse.org/resources

CIDSE es una familia internacional de organizaciones católicas que trabajan juntas para promover la justicia, potenciar la fuerza de la solidaridad mundial y crear un cambio transformacional para poner fin a la pobreza y las desigualdades. Para ello nos enfrentamos a la injusticia sistémica y la destrucción de la naturaleza. Creemos en un mundo en el cual todo ser humano tiene derecho a vivir en dignidad.

Contacto:

Denise Auclair – auclair@cidse.org – CIDSE – Rue Stévin 16, B-1000 Bruselas

T: +32 2 230 77 22 – F: +32 2 230 70 82 – www.cidse.org