

Para implementar la Agenda 2030 se deben reconocer las obligaciones extraterritoriales

POR BARBARA ADAMS Y KAREN JUDD, GLOBAL POLICY FORUM (FORO SOBRE POLÍTICA GLOBAL)

La pregunta más relevante sobre la Agenda 2030 y sus 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) es si estos se implementarán de manera universal e integrada y que proteja y amplíe los derechos humanos –lo que sería lógico, dado el alcance y ambición de los ODS– o si su implementación se reducirá a un conjunto de proyectos financiables y delegados a las grandes empresas. En gran parte esto depende de cómo se mida el progreso, en particular, respecto de la coherencia de las políticas. ¿Se medirá según criterios de derechos y sustentabilidad o según un “menú” elegido para celebrar el éxito de algunas medidas e ignorar otras?

La Agenda 2030 reconoce el peligroso impacto de las desigualdades (de ingresos, recursos y poder) en la salud económica, social y ambiental de las sociedades e identifica la reducción de las desigualdades en los países y entre ellos como un objetivo independiente (ODS 10). Mientras que las dos agendas de desarrollo anteriores y los enfoques tradicionales de derechos humanos se centran, principalmente, en los problemas internos de los países, la Agenda 2030 reconoce que el aumento de “las desigualdades, tanto dentro de los países como entre ellos” y las “enormes disparidades en cuanto a las oportunidades, la riqueza y el poder” son un “enorme desafío para el desarrollo sostenible”.

Este reconocimiento, presente en los 17 objetivos, implica comprender que las acciones de uno o más países repercuten en la capacidad de otros países para alcanzar sus propios objetivos de desarrollo. Los efectos secundarios de las políticas y acciones de un país impactan en otros y pueden limitar su capacidad de cumplir sus compromisos con los derechos humanos y el desarrollo sostenible. Por lo tanto, es necesario abordar las “obligaciones extraterritoriales” (*extraterritorial obligations*, ETO) de los Estados en la protección de los derechos humanos y el ambiente, y al diseñar políticas económicas y sociales.

Para llevar a cabo la Agenda 2030 y cumplir los 17 ODS, los países deben reconocer e implementar sus

obligaciones extraterritoriales, incluso aquellas relacionadas con las empresas transnacionales.

Sin embargo, muchos gobiernos, empresas y asociaciones de empresas recomiendan las asociaciones público-privadas (APP) como principales medios de implementación de los ODS.

Principios de Maastricht sobre las obligaciones extraterritoriales

Los Principios de Maastricht, adoptados en 2011, constituyen el primer esfuerzo por codificar las obligaciones extraterritoriales. Representan una opinión internacional de expertos, emitida por expertos en derecho internacional de todas las regiones, y su finalidad no es establecer nuevas normas de derechos humanos, sino, más bien, aclarar “las obligaciones extraterritoriales de los Estados teniendo como base el derecho internacional vigente”. En el preámbulo se indica lo siguiente:

“Con el advenimiento de la globalización económica [...] los Estados y otros actores globales ejercen una influencia considerable en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en todo el mundo. A pesar del crecimiento de la riqueza mundial en las últimas décadas, la pobreza es aún un fenómeno persistente y las desigualdades socioeconómicas y de género perduran en todo el mundo. Además, individuos y comunidades se enfrentan a una continua privación y negación del acceso a tierras,

recursos, bienes y servicios básicos por parte de actores estatales y no estatales por igual”.¹

Sobre la base de estos principios, el Consorcio ETO, una red de más de 140 organizaciones de la sociedad civil (OSC) y académicos relacionados con los derechos humanos, resaltó las “brechas en la protección de derechos humanos” en el contexto de la globalización y advirtió específicamente la falta de regulación sobre recursos humanos y rendición de cuentas de las empresas transnacionales, la ausencia de rendición de cuentas sobre derechos humanos de las instituciones financieras internacionales (IFI) y la “inefectiva aplicación de las normas de derechos humanos a normas, políticas y disputas sobre inversión y comercio”.²

La presión sobre la ONU para que aborde las conexiones de las empresas y las normas de derechos humanos resultó, en 2011, en la adopción por parte del Consejo de Derechos Humanos de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Los principios son voluntarios y su puesta en práctica es poco uniforme y muy lenta, pero representan un compromiso inicial de mejorar la gobernanza respecto de las grandes empresas y ponen en evidencia las deficiencias del modelo empresarial del Pacto Mundial de la ONU (Global Compact) que, en el mejor de los casos, se basa en una persuasión moderada.³

La adopción de los Principios Rectores de la ONU, a su vez, estimuló esfuerzos más ambiciosos para reducir la brecha de gobernanza. Un grupo de trabajo del Consejo de Derechos Humanos está elaborando un instrumento internacional jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas.⁴ Además, los instrumentos de derechos humanos de la ONU emiten observaciones generales y desarrollan directrices para abordar los derechos humanos y las empresas y, al hacerlo, reconocen el

alcance extendido de los instrumentos. El Comité de los Derechos del Niño, por ejemplo, en la observación general 16 sobre el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, indica lo siguiente: “Según la Convención, los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos del niño dentro de su jurisdicción. La Convención no limita la jurisdicción de un Estado a un ‘territorio’”.⁵

Los relatores del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han elaborado un borrador sobre las obligaciones de los Estados según el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales. En ese documento enfatizan “la urgente necesidad de prevenir y abordar los impactos adversos de las actividades empresariales en los derechos humanos”,⁶ lo cual se refleja en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. El borrador aclara los deberes de los Estados según el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) a fin de “asegurar que las actividades de las empresas contribuyan al cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales y no impidan”, dentro de las fronteras y a través de ellas. En virtud del Pacto, los Estados tienen la obligación de utilizar el máximo nivel de recursos para poner en práctica los derechos humanos, lo que incluye adoptar las medidas necesarias “para proteger a las personas del abuso de sus derechos económicos, sociales y culturales por parte de terceros, incluidas las entidades mercantiles, y para brindar acceso a reparaciones efectivas”.

Si bien se centra principalmente en las obligaciones de los Estados, el proyecto también se extiende a los agentes no estatales del sector empresarial, ya que indica que los países “deben tomar medidas para garantizar que no solo las leyes y políticas nacionales, sino también las entidades no estatales, no discriminen a ningún grupo”. Allí, las actividades empresariales se definen de un modo amplio para incluir “las actividades de cualquier entidad mercantil, ya sea

1 www.fidh.org/IMG/pdf/maastricht-eto-principles-uk_web.pdf, p. 5.

2 www.etoconsortium.org/nc/en/main-navigation/library/documents/?tx_drblob_pi1%5BdownloadUid%5D=23.

3 Para leer una crítica del Pacto Mundial de la ONU, véase el sitio www.globalpolicy.org/images/pdfs/images/pdfs/Fit_for_whose_purpose_online.pdf.

4 ONU Doc. A/HRC/RES/26/9.

5 CRC/C/GC/16, párr. 39.

6 ONU Doc. E/C.12/60.R.1, párr. 2.

que opere a nivel transnacional o que sus actividades sean internas”.

También se alude a la tendencia cada vez mayor a la privatización, particularmente en relación con “la protección social, el agua, el saneamiento, la salud, la educación y la vida cultural”. Estas políticas dificultan a los Estados el cumplimiento de sus obligaciones – todas ellas incluidas en los ODS–, en especial, respecto de las políticas de protección social y para “promover la inclusión social, económica y política de todas las personas”, según se exige en el ODS 10. Impiden también que los Estados cumplan sus obligaciones de lograr la igualdad de género, ya que la carga de los cuidados, cuando las personas no pueden pagar por estos servicios, recae desproporcionadamente sobre las mujeres.

El borrador va más allá de las obligaciones del Estado y las empresas en el ámbito nacional y tiene en cuenta “la aplicación extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos”, que considera particularmente significativa debido a la interdependencia cada vez mayor de los Estados y las economías. Al abordar el drástico aumento en la influencia de las empresas transnacionales, los flujos comerciales y de inversiones, el borrador agrega que “importantes proyectos de desarrollo involucran cada vez más inversiones privadas, a menudo, en forma de asociaciones público-privadas entre agencias estatales e inversionistas privados extranjeros”.⁷

Dado el modo en que se organizan estas empresas, este desarrollo plantea dificultades particulares para el acceso a reparaciones. Además:

“[L]a naturaleza interjurisdiccional de ciertas entidades empresariales complica en gran medida el proceso de acceder a indemnizaciones o reparaciones, tal como se observa en algunos casos de daños masivos que involucran contaminación y catástrofes industriales. Además de la dificultad de comprobar los daños o establecer el vínculo causal entre la conducta de la empresa demandada ubicada en una jurisdicción y

*la violación resultante en otra jurisdicción, el litigio transnacional, a menudo, es prohibitivamente costoso y requiere mucho tiempo”.*⁸

No obstante, gobiernos y cámaras empresariales recomiendan por igual las APP como un enfoque adecuado para implementar los ODS. Además, muchos defienden el uso de la asistencia oficial para el desarrollo para “apalancar” (*leverage*) la financiación privada para el desarrollo sostenible y brindar garantías gubernamentales para las APP.

La experiencia de la ONU atraviesa las fronteras

Diversos expertos de la ONU están abordando las limitaciones sistémicas globales que los esfuerzos nacionales encuentran para proteger los derechos humanos y el ambiente. Sus hallazgos y recomendaciones se informan de manera regular al Consejo de Derechos Humanos y también a la Asamblea General de la ONU.

La Relatora Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, y el Experto Independiente en la Promoción de un Orden Internacional Democrático y Equitativo, Alfred-Maurice De Zayas, llamaron la atención sobre los sistemas de solución de controversias entre inversionistas y Estados que permiten a las empresas cuestionar la legislación y las políticas de un Estado con el fin de proteger la salud pública o el ambiente y demandar por expropiación de sus ganancias (pasadas o futuras) y daños a su reputación.⁹ Estos informes advierten sobre los impactos adversos para los derechos humanos de estos arbitrajes, que tienen “un ‘efecto congelador’ sobre el ejercicio de la democracia” y demandan su abolición.¹⁰

En su Informe de 2015 a la Asamblea General, la Relatora Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas analizó el impacto de las políticas nacionales

⁸ *Ibid.*, párr. 45.

⁹ ONU Doc. A/HRC/33/42 y A/HRC/30/44.

¹⁰ ONU Doc. A/HRC/30/44, párr. 5.

⁷ *Ibid.*, párr. 30.

sobre los derechos de los pueblos indígenas, y también el impacto que tienen los acuerdos internacionales de inversión y las cláusulas de inversión de los regímenes de libre comercio sobre estos derechos. Entre los derechos de los pueblos indígenas afectados negativamente, se incluyen la libre determinación, el acceso a tierras, territorios y recursos, la participación, el consentimiento libre, previo e informado, la erradicación de la pobreza y los derechos sociales.

Los arbitrajes son vinculantes y están disponibles solo para los inversionistas, no para los gobiernos. Los inversionistas pueden demandar a los Estados por presuntas violaciones de sus derechos a obtener ganancias ante mecanismos como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). El informe se basa en diversas investigaciones sobre derechos humanos de la ONU que incluye: el informe del Experto Independiente sobre la promoción de un orden democrático y equitativo sobre los efectos adversos para los derechos humanos de los acuerdos internacionales y bilaterales de inversión y comercio; el informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación y el del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del Más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental.

El informe sobre pueblos indígenas aborda diversos efectos de los regímenes de inversión y libre comercio, incluyendo la restricción del margen de acción legislativo y en materia de políticas de los gobiernos, los costos para los gobiernos por defenderse ante los sistemas de arbitraje, el Estado de derecho debilitado y la perpetuación de los desequilibrios de poder internacionales. De las 608 demandas de arbitraje conocidas, presentadas en contra de 101 países, 78% han sido en contra de países menos avanzados, aunque está creciendo el número de las que se presentan contra países desarrollados. En 2014, por ejemplo, 40% de los casos nuevos fueron contra países desarrollados, presentados principalmente por inversionistas de otros Estados avanzados en términos económicos, como Estados Unidos y la Unión Europea. La gran mayoría de estos casos se relacionan con cuestionamientos a las medidas del gobierno para proteger la salud pública y el ambiente. ¿De qué manera estos regímenes y arreglos afectarán y limitarán las políticas y acciones del Estado para implementar los ODS?

En el informe sobre pueblos indígenas se enfatiza la falta de coherencia de dichos tratados dentro del derecho internacional al afirmar que “los regímenes legales de libre comercio e inversión internacional se desarrollaron como una sección del derecho internacional separada de las normas de derechos humanos y de los pueblos indígenas”. Se recomienda, en el contexto de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que los Estados miembros “reconsideren los paradigmas de desarrollo que no llevan a un desarrollo sostenible e inclusivo, ni a la reducción de la pobreza entre todos los grupos”.¹¹

En la observación general número 16 del Comité de la Convención sobre los Derechos del Niño, se aborda cómo se aplican las obligaciones de la Convención para actuar en el mejor interés del niño:

*“Los Estados están obligados a integrar y aplicar este principio en todos los procedimientos legislativos, administrativos y judiciales relativos a las actividades y operaciones empresariales que afecten directa o indirectamente a los niños. Por ejemplo, los Estados deben garantizar que el interés superior del niño ocupe un lugar central en la elaboración de las leyes y las políticas que determinan las actividades y operaciones empresariales, como las relativas al empleo, la tributación, la corrupción, la privatización, el transporte y otras cuestiones económicas, comerciales o financieras”.*¹²

Tratados de derechos humanos para lograr la coherencia de las políticas

En este sentido, es importante observar que los defensores de los derechos humanos utilizan la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) para confrontar actividades de los países ricos y actores no estatales que limitan la capacidad de otros países para lograr los objetivos de desarrollo y cumplir con sus obligaciones de derechos humanos. Diversas presentaciones importantes

11 ONU Doc. A/70/301, párr. 65 y párr. 78(c).

12 ONU Doc. CRC/C/GC/16, párr. 15.

indican nuevos esfuerzos para demandar la rendición de cuentas de los actores estatales y no estatales respecto de las obligaciones extraterritoriales en áreas clave, tales como exportación de armas, paraísos fiscales, la industria extractiva y los acuerdos de comercio e inversión.

Exportación de armas en Suecia

En respuesta a una presentación de la Liga Internacional de Mujeres por la Paz y la Libertad (LIMPL) respecto del impacto de las exportaciones de armas de Suecia en la violencia de género y las acciones de las empresas suecas que violan los derechos humanos en el extranjero, en 2016, el Comité de la CEDAW recomendó que Suecia “cumpla con sus obligaciones de diligencia debida para garantizar que las empresas bajo su control o jurisdicción respeten, protejan y garanticen los derechos humanos de las mujeres cuando operan en el extranjero”.¹³ ¿Cómo se aplicará esto en relación con la meta 16.4 de los ODS para reducir los flujos de armas ilícitas y cómo se incluirá en los procesos de revisión y presentación de informes del Foro Político de Alto Nivel y los exámenes nacionales voluntarios?

Paraísos fiscales suizos

Una opinión de la CEDAW respecto de Suiza en 2016 dejó en claro que las obligaciones de los países por las actividades de las empresas en el extranjero se extienden a los abusos tributarios que restringen la capacidad de otros países de movilizar suficientes ingresos para cumplir sus compromisos de derechos humanos. Si bien Suiza condenó públicamente el impacto de los flujos financieros ilícitos en los países en desarrollo y se comprometió a sumarse al esfuerzo internacional por eliminar las causas de estos flujos, una presentación de 2016 por parte del CESR, Alliance Sud, la Global Justice Clinic (Clínica de Justicia Global) de la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York, Public Eye y Tax

Justice Network (Red de Justicia Fiscal)¹⁴ advierte que Suiza no realizó una evaluación independiente sobre cómo sus propias políticas fomentan abusos fiscales en el extranjero, lo que incluye leyes de secreto bancario, privilegios fiscales para empresas y normas de información débiles.

En las observaciones finales, el Comité expresó preocupación por las reglas y políticas suizas de opacidad financiera sobre información empresarial y tributación, que puedan afectar negativamente la capacidad de otros Estados, en particular, de aquellos que ya tienen ingresos escasos, para movilizar los máximos recursos disponibles a fin de garantizar el cumplimiento de los derechos de las mujeres. El Comité instó a Suiza a cumplir con sus obligaciones de derechos humanos internacionales llevando a cabo evaluaciones “independientes, participativas y periódicas” sobre los efectos extraterritoriales de sus políticas fiscales y de opacidad financiera en los derechos de las mujeres, e instó a divulgar sus hallazgos.¹⁵

Actividades canadienses de minería en el exterior

Dos presentaciones ante la CEDAW en 2016 trataron sobre empresas mineras canadienses. En una de ellas, una coalición de grupos de derechos humanos (EarthRights International, Mining Watch Canada), reveló que “desde 1999, hay empresas mineras canadienses implicadas en la mayoría (34%) de los 171 incidentes en los que se alega la participación de empresas mineras internacionales en conflictos comunitarios, abusos de los derechos humanos, prácticas ilegales y antiéticas, o degradación ambiental en un país en desarrollo”.¹⁶ En la otra, presentada por la LIMPL y la Comisión Internacional contra la Impunidad, se resaltó la constante violación de los derechos humanos de las mujeres, particularmente en comunidades indígenas, por parte de empresas mineras canadienses en países de América Latina, donde más de 80% de las empresas

13 <http://wilpf.org/cedaw-committee-recognises-extraterritorial-obligations-towards-human-rights-for-sweden/>.

14 www.taxjustice.net/2016/12/01/un-criticises-switzerland-pressure-mounts-human-rights-impacts-tax-havens.

15 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/402/99/PDF/N1640299.pdf?OpenElement>, párr. 41(a).

16 www.earthrights.org/sites/default/files/documents/eri_hrc_mwc_cedaw_committee_report_october_3_2016.pdf.

mineras son canadienses. Además de indicar que el gobierno canadiense no se encarga de estas violaciones, también se menciona que no establece “mecanismos administrativos y judiciales eficaces para garantizar el acceso a la justicia” por dichas violaciones. Se cita un informe de 2014 del Grupo de Trabajo sobre Minería y Derechos Humanos en América Latina que revela la “práctica sistemática de violación de derechos humanos de las comunidades” por parte de las empresas, incluida la negación de consultas y el “consentimiento previo libre e informado”.¹⁷

En respuesta, el Comité de la CEDAW recomendó que Canadá refuerce la legislación que rige la conducta de las empresas en sus actividades en el extranjero y que les exija a estas que realicen evaluaciones de las consecuencias sobre el género y los derechos humanos antes de tomar decisiones de inversión. Además, recomendó que los acuerdos de comercio e inversión que negocie Canadá “reconozcan la primacía de sus obligaciones internacionales relativas a derechos humanos sobre los intereses de los inversionistas, de modo que la introducción de procedimientos de arbitraje contra los Estados no cree obstáculos para el pleno cumplimiento de la Convención”.¹⁸

La CEDAW no es la única convención relevante respecto de la industria extractiva canadiense. La presentación de EarthRights International y Mining Watch Canada indicó que, ya en 2002, el Relator Especial sobre Desechos Tóxicos de la ONU había planteado inquietudes sobre la falta de regulación extraterritorial de sus empresas en el extranjero. Desde entonces, agregó, cuatro organismos creados en virtud de tratados de la ONU expresaron inquietudes sobre los impactos de las operaciones en el extranjero de las empresas del sector extractivo de Canadá: el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité de los Derechos del Niño, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El Comité de los Derechos del Niño de la ONU también realiza comentarios sobre los acuerdos de comercio e inversión en la observación general número 16. Como destaca la guía para los Estados sobre la implementación de la observación general número 16 preparada por Unicef y la Comisión Internacional de Juristas, “los acuerdos de comercio pueden tener profundos impactos en los derechos humanos”. Si bien pueden representar oportunidades de desarrollo, agrega que “estos cambios no garantizan un desarrollo equitativo, sostenible e inclusivo, ni necesariamente fomentan un mayor respeto por los derechos humanos. Los Estados, ya sea que actúen de manera bilateral o a través de acuerdos multilaterales, como bajo la Organización Mundial del Comercio, deben tener en cuenta sus obligaciones con respecto a los derechos del niño y deben contemplarlas específicamente en los acuerdos de comercio”.¹⁹

Responsabilidad a través de las fronteras y los flujos de políticas

El potencial transformador de la Agenda 2030 se reconoció y aceptó en muchos foros de políticas, desde autoridades locales hasta el G20, y también captó la energía y la experiencia de las OSC de todas las regiones y áreas de interés.

Además de demandar un acuerdo de calidad superior, las OSC abogaron por un mecanismo de rendición de cuentas sólido y siguen decepcionadas con el Foro Político de Alto Nivel que representa a todos, pero no exige nada.

Al trabajar con una diversidad de instrumentos temáticos de la ONU para que los Estados se responsabilicen de las actividades de sus empresas en el extranjero y en el país, las alianzas entre redes feministas y de justicia fiscal, los grupos de desarrollo y de derechos humanos, los defensores de la paz y los ambientalistas crean constantemente una estructura de rendición de cuentas sólida que atraviesa las fronteras.

17 http://wilpf.org/wp-content/uploads/2016/10/CEDAW-Canadareport_final.pdf.

18 www.etoconsortium.org/nc/en/main-navigation/library/documents/detail/?tx_drblob_pi1%5BdownloadUid%5D=194, párr. 18.

19 www.unicef.org/csr/files/CSR_GC_OBLIGATIONS_AND_ACTIONS_FINAL_AUGUST05.pdf, p. 17.

Sin embargo, esta responsabilidad no puede recaer solo sobre las OSC. La eficacia y durabilidad de la Agenda 2030 dependerá de si las metas y los objetivos interconectados pueden implementarse de manera conjunta, en un marco de rendición de cuentas de toda la ONU, a través de las fronteras y también en el contexto nacional.

Barbara Adams es presidenta de la Junta Ejecutiva del Global Policy Forum y Karen Judd es colaboradora de Social Watch y del Global Policy Forum.