



Solicitud de contribuciones: Informe del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos sobre los “Acuerdos internacionales de inversión (AI) compatibles con los derechos humanos”

Cuestionario

El deber del Estado de proteger los derechos humanos

1. ¿Sabe de algún marco normativo a nivel nacional o regional que exija la integración de las disposiciones de derechos humanos en los AI?

Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU lo especifican en el P.9: "Los Estados deben mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos cuando concluyan acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas, por ejemplo a través de tratados o contratos de inversión."

Por otro lado, la Observación General 24 del Comité DESC incluye: B.Obligaciones de respetar, proteger y dar efectividad y C.Obligaciones extraterritoriales. Dentro de este último se explica que: "29.La obligación extraterritorial de respetar requiere que los Estados partes se abstengan de interferir directa o indirectamente en el disfrute de los derechos consagrados en el Pacto por personas que se encuentran fuera de su territorio. Como parte de esa obligación, los Estados partes deben asegurarse de que no obstaculizan el cumplimiento por otros Estados de las obligaciones impuestas en virtud del Pacto. Esa obligación es particularmente pertinente en el contexto de la negociación y celebración de acuerdos de comercio y de inversión o de tratados fiscales y financieros, así como de la cooperación judicial."

También se resalta el siguiente párrafo: "38.En cumplimiento de su deber de protección, los Estados partes deben establecer marcos normativos y reglamentarios apropiados, y hacer que se cumplan. Por lo tanto, se deben poner en marcha mecanismos efectivos de vigilancia, investigación y rendición de cuentas para asegurar la asunción de responsabilidades y el acceso a recursos, preferiblemente judiciales, de las víctimas de vulneraciones de los derechos reconocidos en el Pacto en el contexto de las actividades empresariales."

2. ¿Qué mecanismos o procesos deberían existir a nivel estatal (por ejemplo, comité interministerial, evaluación previa del impacto sobre los derechos humanos) para evaluar y garantizar que los AI no tengan un impacto negativo sobre la protección de los derechos humanos y el medio ambiente?



El Estado, como actor comercial, debe realizar procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos y ambiental, por supuesto, incluyendo evaluaciones de impacto en derechos humanos (EIDH) y ambientales, con perspectiva de género e interseccional, ex ante a la redacción y aprobación de cualquier All que cumpla con las obligaciones y compromisos nacionales e internacionales en materia ambiental y de derechos humanos.

Dichas EIDH requieren de contar con la participación de múltiples partes interesadas, incluyendo a comunidades locales e indígenas y grupos de trabajadoras y trabajadores posiblemente afectados.

Todos los ministerios deben de asegurar que en su ámbito de competencia dichos All no violen o contribuyan a violar o abusar de los derechos humanos. Es necesario que se involucren los ministerios de economía, medio ambiente, interior, relaciones exteriores y otros relevantes al mismo nivel.

Para minimizar la exposición de los Estados a demandas por los mecanismos de protección inversor-estado (ISDS) y ICS, estos deben de tener un mecanismo para informar a las partes con interés en invertir de todos los compromisos en derechos humanos y ambientales que tienen y se han adherido, así como incluir dentro del texto del posible All cláusulas de protección a los derechos humanos e integrar la primacía de estos por sobre los All.

3. ¿ Preservan adecuadamente los All de nueva generación el espacio normativo nacional del que disponen los Estados para cumplir sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos? Si no es así, por favor indíquenos qué cambios adicionales serían necesarios en los All.

No se identifica que dichos All estén respetando el espacio normativo internacional, que es responsabilidad de todas las partes.

Los mecanismos ISDS o cualquier denominación que se le otorgue a mecanismos de la misma naturaleza, pasan por sobre la soberanía nacional e impiden el avance en materia de derechos humanos y protección/preservación ambiental y climática. Por ello: retomamos el siguiente párrafo de la respuesta anterior:

Para minimizar la exposición de los Estados a demandas por los mecanismos de protección inversor-estado (ISDS), estos deben de tener un mecanismo para informar a las partes con interés en invertir de todos los compromisos en derechos humanos y ambientales que tienen y se han adherido, así como incluir dentro del texto del posible All cláusulas de protección a los derechos humanos e integrar la primacía de estos por sobre los All.



4. ¿Cómo podrían reformarse eficazmente los antiguos All para hacerlos compatibles con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos?

Incluyendo obligaciones para realizar procesos continuos de gestión sobre debida diligencia (DD) en derechos humanos y ambiental por parte de las diversas entidades involucradas públicas y privadas.

Los All, en caso de reformarse eficazmente y que cumplan efectivamente con los propósitos de desarrollo sostenible y de implementación del derecho al desarrollo, deben de incluir sanciones claras y mecanismos de reparación eficaz en caso de no cumplir con el requisito de DD, o bien, en caso de incurrir en violaciones y abusos a los derechos humanos.

En estos All también debe de existir una cláusula de participación efectiva de la sociedad civil, como las comunidades y grupos afectados y posiblemente afectados, en la toma de decisiones que pueden afectarles fortaleciendo el espacio democrático real.

Las salvaguardas en materia ambiental y de derechos humanos deben de estar presentes y deben de tener un carácter de cumplimiento y no cumplimiento en las cláusulas mencionadas.

"Los efectos en los derechos humanos de la aplicación de los acuerdos deberían evaluarse de manera periódica para permitir la adopción de cualquier medida correctiva que pudiera ser necesaria. La interpretación de los tratados de comercio y de inversión en vigor debería tener en cuenta las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas y el carácter específico de las obligaciones de derechos humanos⁴⁰. Los Estados partes no pueden establecer excepciones a las obligaciones contraídas en virtud del Pacto en los tratados de comercio y de inversión que concluyan. Se les alienta a incorporar, en los tratados futuros, una disposición que se refiera de manera explícita a sus obligaciones de derechos humanos y a asegurar que los mecanismos para el arreglo de controversias entre inversores y Estados tengan en cuenta los derechos humanos en la interpretación de los tratados de inversión o los capítulos sobre inversión de los acuerdos de comercio."¹

5. ¿De qué manera pueden los Estados aprovechar el potencial de los All para lograr importantes objetivos políticos, como el logro de la igualdad de género, la protección del medio ambiente, la mitigación del cambio climático y la aplicación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible? De ser posible, por favor proporcione ejemplos.

1 E/C.12/GC/24, para 13.



Redefiniendo el concepto de All para asegurar los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, logrando un *spillover effect*, mostrando que las comunidades que defienden su tierra, territorio y medio ambiente están para proteger y regenerar la diversidad y biodiversidad, y que los derechos económicos y laborales de las personas nacionales, migrantes y refugiadas van por encima de las ganancias económicas.

Utilizar el trabajo migrante y temporal para pagar sueldos bajos y por debajo de los mínimos que puedan sostener la vida y la familia es una violación a los derechos humanos que no debe de alentarse a través de los All.

Los All también pueden hacer las veces de acuerdos políticos, es una oportunidad para reforzar temas de igualdad de género, eliminar toda forma de discriminación, acoso laboral y sexual, así como mitigar el cambio climático. Algunas entidades, tanto Estados, como inversionistas institucionales y no institucionales están ya apoyando la implementación de los ODS, debe de haber una coherencia entre este apoyo político y económico y las actividades que se realizan con los recursos invertidos. Esto debe de contar con un proceso de verificación dentro de los propios All. Y en caso de no tener apoyo aún, solicitarlo.

El hacer All con Estados adheridos al PIDESC puede resultar provechoso en este sentido. Tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como otros como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y su implementación efectiva previa a los All y fomentada con los propios All podría generar algún avance en el cumplimiento.

6. ¿Qué mecanismos o procesos especiales podrían incorporarse a los All para salvaguardar los derechos humanos, en los casos en los que las inversiones tuvieran lugar en zonas económicas especiales o en entornos de conflicto y post-conflicto?

Como dice el Principio Rector 7 sobre las Empresas y los Derechos Humanos, el Estado tiene un rol con los distintos actores para salvaguardar los derechos humanos en entornos de conflicto y postconflicto.

7. ¿Es el actual régimen de solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS) "adecuado para el propósito" de abordar las quejas relacionadas con los abusos de los derechos humanos vinculados a los proyectos de inversión? Si no es así, ¿cuáles son las alternativas para un sistema legítimo, transparente y eficaz de resolución de disputas para tratar dichas quejas?



Ver respuesta 4

8. ¿Ofrece la pandemia de COVID-19 alguna lección para la reforma de los All y/o del ISDS? Por favor, proporcione ejemplos.

Responsabilidad de los inversionistas para respetar los derechos humanos

9. **¿Son eficaces las disposiciones sobre derechos humanos de los All existentes para alentar a los inversores a respetar todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente? Si no es así, ¿qué debería hacerse para reforzar su eficacia?**

Más allá de conocer su eficacia a través de algún estudio implementado, observamos que estas disposiciones son frecuentemente desconocidas para las entidades inversoras. Por ello, realizar mayores esfuerzos por 1) difundir y promover dichas disposiciones, 2) tener una verdadera implementación, 3) tomar, analizar, difundir resultados de eficacia.

10. **¿Deberían los All incluir responsabilidades jurídicamente vinculantes de los inversores en materia de derechos humanos para prevenir y mitigar los posibles impactos negativos de su inversión sobre las personas o las comunidades? En la práctica, ¿qué medidas y/o mecanismos podrían garantizar el cumplimiento de estas disposiciones por parte de los inversores?**

Los All deben de incluir responsabilidades en derechos humanos y ambientales que sean jurídicamente vinculantes. Los procesos de debida diligencia obligatorios en derechos humanos y ambientales para prevenir, identificar, comunicar y reparar pueden contribuir a ponerlas en práctica. Armonizar las políticas locales, entre ellas los Planes Nacionales de Acción sobre derechos humanos y empresas a nivel nacional, con los estándares regionales como los del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos o la discusión sobre normativa de debida diligencia y finanzas sostenibles en Europa, puede ser útil para lograr la complementariedad y visibilización pudiendo encontrar estas responsabilidades en dichos documentos y normativas.

Una medida que podría contribuir a garantizar el cumplimiento de las disposiciones en caso de haberlas, es primero, elaborar dichas disposiciones junto con partes interesadas de la sociedad civil y, en segundo lugar, que estas mismas participen y tengan voz efectiva en la evaluación y monitoreo del cumplimiento.



11.¿Deberían los All exigir que los inversores lleven a cabo una diligencia debida en cuestiones de género y de derechos humanos, o evaluaciones de impacto sobre el medio ambiente y los derechos humanos antes y durante su inversión? En caso afirmativo, ¿cómo podrían estos procesos garantizar una participación significativa de las comunidades afectadas, especialmente de los grupos e individuos marginalizados?

Ver respuesta 2.

Para cumplir con lo que debería de ser un mecanismo obligatorio de debida diligencia se debe de mostrar dicha participación y debe de ser aprobada por aquellos grupos afectados o posiblemente afectados.

12.¿Cómo podrían los All fomentar prácticas empresariales cohesivas y compatibles con los derechos humanos (por ejemplo, que los inversores no presionen a los Estados para que rebajen las normas de derechos humanos)?

Redefiniendo el concepto de All bajo el principio pro persona.

Acceso a la reparación

13.¿Cómo socavan los All la capacidad de los Estados y/o de las comunidades afectadas para exigir a los inversores que rindan cuentas por los abusos de los derechos humanos relacionados con los proyectos de inversión?

Ver respuestas 3 y 4.

14.¿Deberían los All proporcionar mecanismos que permitan a las personas o comunidades afectadas por los proyectos relacionados con la inversión buscar un recurso efectivo contra los inversores? En caso afirmativo, ¿cuál debería ser la naturaleza de dichos mecanismos y dónde deberían estar ubicados (por ejemplo, en los países de acogida o de origen)?

Sí deberían de proporcionar dichos mecanismos, siempre y cuando se pueda resolver en las cortes constitucionales de las diversas partes y que aporten más allá de lo que las leyes locales del país de acogida y origen conllevan, así aportando avances en la materia desde los propios All.

La Observación General 24 del Comité DESC es clara en el sentido de que los países de origen y acogida cumplan con su obligación para asegurar reparación efectiva.



15. ¿Han sido eficaces las contrademandas presentadas por los Estados contra los inversores por abusos de los derechos humanos relacionados con sus inversiones? En caso afirmativo, por favor proporcione detalles.

Las contrademandas presentadas por los Estados, contrario a las demandas de inversionistas no resultan efectivas, por la propia desigualdad de información, de poder y económica. Los Estados que buscan proteger los derechos humanos y ambientales y cumplir con sus obligaciones internacionales en la materia están en desventaja dada la captura corporativa del Estado que favorece al actor económico, y al más poderoso. No necesariamente velan por los intereses de los grupos locales en las contrademandas.² Esto sucede en el sur global y en la región latinoamericana, la que tiene más demandas a los Estados por parte de los inversionistas, siendo México el más demandado, o uno de los más demandados al día de hoy. "El entramado de tratados ofrece a los inversionistas extranjeros inmensos privilegios, incluyendo la posibilidad de ampararse ante tribunales supranacionales cuando gobiernos como el de la 4T (sic) en este caso, amenacen toda ganancia esperada, y exigir «compensaciones» por el «lucro cesante» por hasta miles de millones de dólares."³

16. ¿Cuál es su experiencia, si es que la tiene, con la presentación de informes amicus ante el sistema de solución de diferencias entre inversores y Estados o los procesos de resolución de disputas? ¿Proporciona este proceso una oportunidad efectiva para que los individuos y las comunidades afectadas obtengan una solución?

17. ¿Conoce los mecanismos de reclamación a nivel operacional establecidos por los inversores para abordar los problemas de derechos humanos relacionados con su inversión? En caso afirmativo, ¿son estos mecanismos eficaces tanto en términos de proceso como de resultados de reparación? ¿Qué papel podrían desempeñar los All en el fortalecimiento de esos mecanismos?

Desafortunadamente los mecanismos existentes no son imparciales y la desigualdad y uso del poder es tangible. En el caso de acceder a toda la información necesaria sobre algún proyecto empresarial, es difícil para las comunidades afectadas tener dicho acceso y recibir la información completa y transparente; por el contrario. Las empresas involucradas suelen tener mayor información.

Frecuentemente, las entidades inversionistas tampoco cuentan con la información que las empresas operativas tienen sobre las evaluaciones sociales y ambientales y los posibles impactos. La transparencia hacia las entidades inversionistas debería de reforzarse en los All redefinidos.

2 Cotula, L. (2021, 23 marzo). Reforma de derecho de la inversión desde cero: extractivismo, derechos humanos y tratados de inversión. Recuperado 15 de abril de 2021, de <https://isds.bilaterals.org/?reforma-de-derecho-de-la-inversion>

3 Pérez Rocha, M. (2021, 5 abril). La 4T y los derechos de los inversionistas extranjeros. Recuperado 15 de abril de 2021, de <https://isds.bilaterals.org/?la-4t-y-los-derechos-de-los>



Algunos mecanismos de reclamación a nivel operacional no tienen las facultades de investigación, de sanción o emitir un resolutivo para la reparación. Es decir, no son eficaces.

18. ¿Existe alguna buena práctica relativa a la integración de las cuestiones de derechos humanos en los AIJ que le gustaría compartir con el Grupo de Trabajo? Cualquier otro comentario o sugerencia también es bienvenido.

Contacto

Ivette González

Asociada Senior de Vinculación Estratégica

Proyecto sobre Organización, Desarrollo, Educación e Investigación (PODER)

igo@poderlatam.org

+52 55 52 07 33 92

Miguel A. Soto

Director de Vinculación Estratégica, Campañas de Incidencia y Relaciones Públicas

Proyecto sobre Organización, Desarrollo, Educación e Investigación (PODER)

mas@poderlatam.org

+52 55 52 07 33 92