



EL DESEQUILIBRIO CLIMÁTICO: UN DESAFÍO PARA LA HUMANIDAD

**12 propuestas para la Conferencia
de París sobre el clima**

Mireille Delmas-Marty - Luca d'Ambrosio - Caroline Devaux - Kathia Martin-Chenut



COLLÈGE
DE FRANCE
1530



Fondation Charles Léopold Mayer
pour le Progrès de l'Homme



Dessins :
Selçuk Demirel

Photos :
Waiting for Climate Change et *Cement Eclipse*, **Isaac Cordal**

Graphisme :
Sébastien Bergerat

Impression sur papier 100% recyclé avec encres végétales :
Imprimerie Champagnac s.a.s.



**EL DESEQUILIBRIO
CLIMÁTICO :
UN DESAFÍO PARA
LA HUMANIDAD**

**12 propuestas para la Conferencia
de París sobre el clima**

Mireille Delmas-Marty - Luca d'Ambrosio - Caroline Devaux - Kathia Martin-Chenut

Octubre 2015

AUTORES



Mireille Delmas-Marty es miembro del Institut de France y profesor emérito en el Collège de France (Chaire Études juridiques comparatives et internationalisation du droit de 2003 à 2011).



Luca d'Ambrosio, es Doctor en Derecho y investigador en el Collège de France (Chaire État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités).



Caroline Devaux, es Doctoranda en Derecho y investigadora en el Collège de France (Chaire État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités).



Kathia Martin-Chenut, es Doctora en Derecho y investigadora en el CNRS, UMR DRES - Equipe RSE (CNRS/Universidad de Estrasburgo).

PRESENTACIÓN

El presente Cuaderno se propone alimentar el debate público y, en particular, la reflexión de los actores movilizados por y para la COP 21 de París. Se trata de una versión modificada y resumida de la cuarta parte del libro colectivo *Prendre la responsabilité au sérieux* (*Tomarse en serio la responsabilidad*), publicado por Presses Universitaires de France bajo la dirección de Alain Supiot y Mireille Delmas-Marty. Esta publicación recoge el Coloquio internacional organizado en el Collège de France los días 11 y 12 de junio de 2015 por la Cátedra “Estado social y mundialización: análisis jurídico de las solidaridades”, con el apoyo de la Fundación Charles Léopold Mayer para el Progreso del Hombre.

Las propuestas de este Cuaderno son fruto de un trabajo colectivo y se deben, en gran parte, al coloquio que tuvo lugar en el seminario organizado por el Collège de France el 10 de junio de 2015. Muchos juristas participaron de dicho encuentro, entre ellos los miembros de la red “ID” (internacionalización del derecho) norteamericana, brasileña y china, coordinados por Mireille Delmas-Marty. Ellos son: *Diane Marie Amann*, profesora de la Universidad de Georgia (EEUU); *Vivian Curran*, profesora de la Universidad de Pittsburgh (EEUU); *Li Bin*, profesor de la Universidad Normal de Pekín (China); *Michel Capron*, profesor emérito de la Universidad de París VIII (Francia); *Emmanuel Decaux*, profesor de la Universidad de París II Panthéon-Assas (Francia); *William Fletcher*, juez de la Corte Federal de Apelaciones del noveno circuito (EEUU); *Catherine Le Bris*, investigadora en el CNRS (Francia); *Adrian Macey*, consultor senior en el Institute for Governance and Policy Studies, Victoria University of Wellington (Nueva Zelanda); *Sandrine Maljean-Dubois*, directora de investigaciones en el CNRS y directora del Centro de estudios e investigaciones internacionales y comunitarios de la Universidad de Aix en Provence (Francia); *Laurent Neyret*, profesor de la Universidad de Versailles (Francia); *Valérie Pironon*, profesora de la Universidad de Nantes (Francia); *Claudia Perrone Moises*, profesora de la Universidad de São Paulo (Brasil); *Camilla Peruso*, doctoranda en la Universidad de San Pablo y de París V; *Danielle Rached*, doctora en la Universidad de Edimburgo (Reino Unido); *Jean-Baptiste Racine*, profesor de la Universidad de Niza (Francia); *Alain Supiot*, profesor del Collège de France (Francia); *Leandro Varison*, doctor en antropología del derecho por la Universidad de París I (Francia); *Deisy Ventura*, profesora en la Universidad de São Paulo (Brasil).

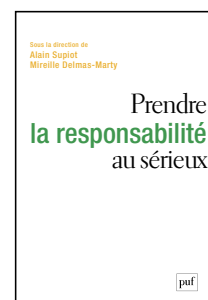
Durante el seminario, los debates se vieron enriquecidos por las colaboraciones de representantes de la sociedad civil: *Pierre Calame*, presidente honorario de la Fundación Charles Léopold Mayer; *Edith Sizoo*, coordinadora de la Alianza para sociedades responsables y sustentables; *Nicolas Krausz*, responsable de programas de la Fundación Charles-Léopold Mayer; *Betsan Martin*, directora de la ONG Response; *Yann Queinnec*, director de Affectio Mutandi.

Por último, las propuestas fueron presentadas el 12 de junio de 2015 durante el Coloquio Internacional organizado en el Collège de France. Allí fueron sometidas a debate entre representantes del mundo científico y sindical, empresarial y de la sociedad civil. Las observaciones del gerente general de Veolia, *Antoine Frérot*, del climatólogo del IPCC *Jean Jouzel*, del presidente de la asociación Sherpa, *William Bourdon*, y del director del Instituto sindical europeo *Philippe Pochet* han sido fundamentales en el desarrollo de nuestras propuestas.

La elaboración de este Cuaderno no hubiera sido posible sin el apoyo de la Fundación Charles Léopold Mayer, la disponibilidad de la editorial Presses Universitaires de France, la buena predisposición de Alain Supiot y la eficiencia de Sylvie Sportouch.

A todos/as ellos/as, nuestro más sincero agradecimiento

Mireille Delmas-Marty, Luca d'Ambrosio, Caroline Devaux, Kathia Martin-Chenut



Prendre la responsabilité
Alain Supiot et
Mireille Delmas-Marty
Presses Universitaires
de France, 2015

INDICE

INTRODUCCIÓN

Mireille Delmas-Marty

p.6

PRIMERA PARTE

PROPUESTAS EN MATERIA CLIMÁTICA

1. LOGRAR QUE EL PRINCIPIO DE “RESPONSABILIDADES COMUNES PERO DIFERENCIADAS” SEA OPERATIVO

p. 11

Mireille Delmas-Marty

Proposal n°1 - Ampliar los objetivos comunes.

Proposal n°2 - Establecer un esquema común para las contribuciones nacionales.

Proposal n°3 - Formular principios que determinen los criterios de diferenciación.

2. CONSEGUIR QUE LOS OBJETIVOS DE REDUCCIÓN SEAN VINCULANTES PARA LAS EMPRESAS Y SUSCEPTIBLES DE CONTROL JUDICIAL

p. 14

Luca d'Ambrosio

Proposal n°4 - Garantizar el seguimiento y el control de las iniciativas de autorregulación.

Proposal n°5 - Reglamentar los objetivos de reducción combinando medidas de estímulo y sanciones disuasivas.

Proposal n°6 - Vincular la calidad del clima con la protección de los derechos humanos.

SEGUNDA PARTE

PROPUESTAS EN MATERIA ECONÓMICA Y FINANCIERA

3. MODULAR LAS RESPONSABILIDADES DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES EN FUNCIÓN DEL PODER ECONÓMICO Y DEL IMPACTO “SOCIETAL”

p. 19

Kathia Martin-Chenut

Proposal n°7 - Apoyar la adopción de un instrumento jurídicamente vinculante en materia de derechos fundamentales

Proposal n°8 - Fortalecer la responsabilidades de las sociedades matrices por el comportamiento de sus filiales y de sus proveedores principales.

Proposal n°9 - Incluir los problemas sociales ” dentro del objeto social/interés social de la empresa.

p.23

4. INCLUIR LOS PROBLEMAS SOCIALES Y AMBIENTALES DENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO

Caroline Devaux

Proposal n°10 – Fortalecer las “cláusulas societales” dentro de los acuerdos de la OMC.

Proposal n°11 – Reasignar al Estado un papel central en el arbitraje de inversiones.

Proposal n°12 – Concebir mecanismos de supervisión y control dentro del marco de los acuerdos comerciales.

INTRODUCCIÓN

Mireille Delmas-Marty

El desequilibrio climático constituye un desafío en dos sentidos: como oportunidad y como riesgo. Por supuesto que el riesgo es considerable y no debe ser ignorado. Pero un riesgo de tales características también puede ser una oportunidad para la humanidad. Podemos ver en él una ocasión excepcional para tomar conciencia de nuestra comunión de destino y poner a prueba nuestra capacidad para cambiar el rumbo de la gobernanza mundial antes de que sea demasiado tarde.

El Papa Francisco tiene razón cuando dice que “todo está íntimamente relacionado” y propone una “ecología integral”¹. En efecto, todo está relacionado: desde el clima hasta las relaciones entre el hombre y la naturaleza, desde la naturaleza hasta las problemáticas económicas, sociales y culturales, e incluso hasta las relaciones interhumanas. En este momento en que la globalización abarca desde mercaderías reales hasta ficticias —como la moneda, pero también la naturaleza, o la salud o el empleo, y por lo tanto al hombre mismo²—, las señales de alerta no dejan de multiplicarse: crisis financieras repetidas, con su acompañamiento de precariedad y exclusión, el terrorismo que se globaliza y torna confusas las nociones de paz y de guerra, a tal punto que el castigo del crimen adquiere las formas de una guerra civil permanente, etc. Si a esto le sumamos el desempleo, las crisis sanitarias y las amenazas ambientales, no es difícil entender que las migraciones humanas se hayan convertido en un verdadero

desastre humanitario, cuando en realidad son humana y económicamente deseables, además de inevitables por razones demográficas.

Por lo tanto, resulta particularmente importante que la Conferencia de París sobre el Clima (COP 21) en diciembre de 2015 concluya con éxito pues es, sin duda alguna, el único ámbito en el cual podría llegarse a un acuerdo sobre un nuevo modelo de gobernanza mundial. Frente al desequilibrio climático, nuestra pertenencia a un mismo planeta empieza a ser reconocida por una sociedad civil mundial que reúne actualmente a múltiples actores organizados. A los actores económicos (las empresas transnacionales) y científicos, que están en primera línea, se suman actores ciudadanos provenientes de medios tan diversos como organizaciones no gubernamentales (ONGs), sindicatos y hasta comunidades religiosas. Obviamente hay que tener en cuenta la capacidad de unos y otros para coordinarse a nivel mundial. Queda claro que las empresas transnacionales, por definición, están organizadas por encima de las fronteras nacionales y lo mismo sucede con los actores científicos, tal como lo demuestra el modo de trabajo del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC). Por su parte, las ONGs también se van transformando en “multinacionales del corazón”³. Los sindicatos, en cambio, se mantienen como actores esencialmente nacionales que apenas están comenzando a involucrarse en cuestiones internacionales, a escala europea (tal es la función de los comités de empresa europeos) y luego a escala mundial⁴.

1. Papa Francisco, *Alabado seas*, Encíclica *Laudato si* sobre el cuidado de la casa común, Artège 2015, p. 144 (en francés). En español, http://w2.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html

2. Ver la introducción de Alain Supiot, « Face à l'insoutenable : les ressources du droit de la responsabilité », in Alain Supiot y Mireille Delmas-Marty (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, Presses Universitaires de France, p. 9 y ss.

3. Así denominadas por Thierry Pech y Marc Olivier Padis

4. Ver en particular las observaciones de Philippe Pochet, in A. Supiot et M. Delmas-Marty, *Prendre la responsabilité au sérieux*, op. cit., p.383 y ss.



Photo CC William Cherillon

Sea como fuere, una toma de conciencia de esta índole, que puede ser ilustrativa de una ciudadanía mundial, podría ejercer una presión sobre los Estados en favor de un acuerdo que marque claramente un cambio de dirección. En efecto, los actores públicos que son los Estados siguen ocupándose de defender esencialmente sus intereses nacionales. Sin embargo, la situación ya es diferente para las colectividades territoriales, especialmente para las grandes ciudades, que han comenzado a coordinarse a nivel internacional, lo que parece acarrear cierta evolución por parte de los Estados. Así, algunos responsables políticos empiezan a preocuparse por el clima, tanto cuando pertenecen a las regiones más amenazadas, como son las islas, como los que vienen de zonas más sensibilizadas como Europa e incluso hasta países-continentes tan celosos de su soberanía como los Estados Unidos o China.

Esta conjunción de factores convergentes es excepcional. Es por ello que un fracaso de la Conferencia sobre el Clima de París anunciaría un caos de largo alcance, puesto que parece poco probable que pueda haber tantas convergencias en otros ámbitos sensibles de la globalización, como el terrorismo o las migraciones, en los que el miedo lleva por lo general a privilegiar el soberanismo y las estrategias de control y exclusión propias del modelo autoritario. Por su parte, las crisis financieras, sociales y sanitarias pueden llegar a consolidar un modelo de gobernanza más cercano al imperialismo de los poderosos (Estados o empresas transnacionales) que a una visión democrática del mundo. Ahora bien, una verdadera comunidad mundial no puede construirse ni sobre un espíritu securitario alimentado por el miedo del otro, ni sobre un espíritu de competencia alimentados solamente por el beneficio personal. Necesita, por el contrario, basarse en un espíritu de libertad, cooperación y solidaridad. En ese sentido, podemos decir que un acuerdo ambicioso sobre el clima contribuiría no

solamente a proteger la naturaleza y el ecosistema, sino también a preparar de un modo más amplio el futuro de la humanidad.

Considerando el cambio climático como un espejo de la mayor parte de los interrogantes que conciernen el derecho de la responsabilidad cuando se lo confronta a la globalización, hemos elaborado doce propuestas, según dos tipos de estrategias: estrategia de innovación en materia climática y más ampliamente, de adaptación frente a la globalización económica y financiera.

1. En materia climática, la constatación es particularmente evidente: si bien el hombre siempre ha transformado su medioambiente, su accionar de aquí en más será determinante. El IPCC señala de un modo cada vez más claro que el impacto de las actividades humanas sobre el clima no tiene precedente, tanto en ritmo como en magnitud⁵. La “gran aceleración de esta presión antrópica sobre el planeta sería por otra parte uno de los signos de nuestra entrada en la era antropocena”⁶. No resulta muy asombroso. La explosión demográfica es un ejemplo más que suficiente: se necesitaron millones de años para que apareciera la especie humana, diez mil años para que se formara el mundo moderno y la humanidad alcanzara (en 1750) mil millones de seres humanos, doscientos años más para llegar a los tres mil millones (en 1950), y sólo sesenta años para alcanzar (en 2010) los siete mil millones, que serán sin duda más de once para finales de siglo⁷.

5. Ver en particular las conclusiones del Quinto Informe de Evaluación del IPCC presentadas en noviembre de 2014

6. W. Stephen & al., “The Trajectory of the Anthropocene. The Great Acceleration”, *The Anthropocene Review*, 2015, p. 1-18.

7. Ver Consejo Económico y social ONU, *World population Prospects – The 2015 Revision*.

Tomados por un ineludible movimiento de “globalización” (en el sentido propio de la palabra, pues la forma esférica de la Tierra impide la expansión ilimitada de los seres humanos), nos vemos obligados a organizar la protección de nuestro hábitat, ya que la hipótesis de un gran colapso del planeta no puede ser descartada. Según algunas evaluaciones científicas, tendríamos que estar estabilizados antes de fin de siglo. Frente a semejante urgencia, ¿cómo se explica la lentitud de las respuestas?

Algunos la imputan al *modelo universalista* onusiano que, desde la primera Cumbre de la Tierra (Río 1992) y los textos que le siguieron (la Convención Marco en 1992 y el Protocolo de Kyoto en 1997), apunta a un acuerdo de tipo universal (que se imponga a todos en torno a objetivos en común) y vinculante (con calendario a cumplir, sistema de evaluación y hasta mecanismo de sanción). Para lograrlo, la Unión Europea y la mayoría de los países en desarrollo preconizan un proceso descendente, llamado *top-down*, reivindicado a su vez por las ONGs y apoyado por los científicos. Dicho modelo universalista, aparentemente racional, es sin embargo objeto de una doble crítica. Por un lado, no tomaría suficientemente en cuenta las diferencias entre los diversos grupos humanos: ni las diferencias relativas al espacio (los riesgos climáticos no son los mismos en el Norte, en el Sur o en los territorios insulares) ni las diferencias en relación al tiempo, pues habría que considerar el pasado (la “deuda ecológica” de los países industrializados), el presente (la recuperación de los países emergentes y las dificultades económicas y sociales de los países en vías de desarrollo) y el futuro (preservar una tierra habitable para las generaciones futuras). Por otra parte, el modelo universalista parecería ignorar la realidad de las relaciones de poder y la fuerza de las resistencias. Así, durante la cumbre de Copenhague en 2009, los Estados Unidos y los grandes países emergentes, liderados por China y sin Europa, negociaron directamente un acuerdo *a minima*: ni universal (basado en compromisos definidos por cada Estado según sus propios criterios), ni vinculante (desprovisto de procedimientos de control).

Ahora bien, tampoco sería más realista un repliegue hacia el viejo *modelo soberanista*. Aun cuando se trate de una gran potencia, un Estado solo es impotente frente a la naturaleza global del riesgo climático. En cuanto al *modelo llamado “liberal”*, basado en el poder de los actores privados, podría convertir a las empresas transnacionales en la forma dominante de organización del mundo⁸: ellas gobernarían el mundo desde Davos y sus expertos se

convertirían en los verdaderos pilotos de la gobernanza mundial. Pero no vemos de qué modo la autorregulación horizontal por parte del mercado bastaría para garantizar la legitimidad, y por ende la eficacia, de una gobernanza de esta índole, cuyos únicos contrapoderes serían las ONGs y otros lanzadores de alertas. Es hora de renunciar a esta “concepción mágica del mercado que hace pensar que los problemas se resolverán solos gracias al crecimiento de las ganancias de las empresas o de los individuos”⁹.

Si la Conferencia de París genera grandes expectativas es porque el tema climático representa, sin duda alguna, la ocasión de ir más lejos y salir de este *impasse*, en razón de la convergencia excepcional de los diversos actores de la escena internacional. Es así que las prácticas implementadas en materia climática podrían convertirse en la vanguardia de una futura gobernanza mundial. Sin suponer que los sistemas de derecho serán suficientes por sí mismos para hacer frente al cambio climático, pensamos sin embargo que pueden contribuir a un verdadero cambio de dirección de la gobernanza mundial. A condición de no tener miedo de renovar los modelos de referencia a través de una suerte de hibridación.

En lo que respecta a la *responsabilidad de los Estados*, preconizamos ir más allá de la oposición entre universalismo y soberanismo para privilegiar un modelo híbrido que consiste en hacer que el principio de las “responsabilidades comunes y diferenciadas” se vuelva operacional y que se tienda a un universalismo suavizado, combinando una política climática común y compromisos diferenciados según los Estados. En cuanto a la *responsabilidad de las ETN (empresas transnacionales)*, se propone fijar un marco para el modelo liberal de modo tal que los objetivos comunes sean vinculantes para las ETN y los justiciables ante un órgano de control, en continuidad y más allá de la responsabilidad social empresaria (RSE), articulando *soft law* y *hard law*.

Sabemos, no obstante, que el éxito de la política climática dependerá ampliamente de la capacidad para repensar el modelo económico y cuestionar una buena parte de las prácticas ligadas a la globalización económica y financiera. De allí surge la estrategia de adaptación que guía nuestra segunda serie de propuestas.

2. Frente a la globalización económica y financiera, relación al clima y la competencia económica feroz, que lleva a la explotación desenfrenada de los recursos de energía fósil. Podemos observarlo tanto para los Estados, aferrados más que nunca a su soberanía nacional, como

8. Jean-Philippe Robé, *Le Temps du monde de l'entreprise*, Dalloz, 2015. Ver también Susan George, *Les usurpateurs. Comment les entreprises transnationales prennent le pouvoir*, Seuil, 2014.

9. Papa Francisco, *Alabado seas*, op.cit.



Photo CC gidas_f

para las empresas, guiadas por el objetivo de maximización a corto plazo de sus ganancias. Esta esquizofrenia aparente refleja sin duda alguna una contradicción estructural más profunda – algunos hablan de “cisma de realidad”¹⁰ – entre las sociedades democráticas compuestas por individuos animados por un deseo de bienestar individual y muy a menudo material, y los ecosistemas, cuyas problemáticas son esencialmente de índole global. Es por ello que la investigación de soluciones innovadoras en materia climática no debe conducir a renunciar a los antiguos modelos (liberal autorregulado y soberanismo independiente) sino incitar más bien a adaptarlos a la protección de los bienes públicos mundiales. Proponemos en primer lugar adaptar el modelo liberal apoyando la ampliación de la gobernanza de la empresa llamada “accionarial” o capitalista, en la perspectiva de una responsabilidad social empresaria (RSE) que sume explícitamente al interés privado de los accionistas la protección de los intereses mundiales (bien común). Proponemos luego adaptar el modelo soberanista para ir desde una concepción “solitaria” de la soberanía de los Estados centrada en la protección de los intereses nacionales, hacia una soberanía “solidaria” que incluya la defensa del bien común.

En definitiva, al concentrar nuestras propuestas sobre la responsabilidad de los Estados y de las empresas,

éramos conscientes de las trampas que el debate fue sacando a la luz a través de múltiples críticas, a veces contradictorias. En cuanto a las empresas, hay quienes consideran que nuestras propuestas de fortalecer su responsabilidad, concretamente en materia climática, podría persuadirlas para que asuman gran parte del esfuerzo que hay que hacer. Otros temen, por el contrario, que al asumir dicha responsabilidad las empresas se conviertan en las únicas guardianas del bien común mundial, por una transferencia de poderes sin verdadera legitimidad democrática. En lo que respecta a los Estados, si bien su legitimidad no es cuestionada, muchos analistas se preocuparon por la excesiva confianza que parecemos depositar en ellos, sin garantía de eficacia.

Vemos así hasta qué punto es realmente difícil encontrar el buen equilibrio entre la responsabilidad de los Estados y la de las empresas y evitar que la gobernanza mundial se limite al imperialismo de los más poderosos de entre ellos. Para lograrlo, nuestras propuestas deben entenderse a la luz de dos observaciones. Por un lado, es necesario entender la responsabilidad en su doble significado de hacerse cargo (*responsibility* en inglés) y de obligación de rendir cuentas (*accountability* en inglés). Por otro lado, en las prácticas, habrá que dar a la sociedad civil todo su lugar, tanto para el lanzamiento de alertas como para la toma de iniciativas de una acción en responsabilidad o, de modo más amplio, a través de la participación en dispositivos de supervisión y control.

10. S. Aycut y A. Dahan, *Gouverner le climat ?*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015 ; ver también P. Kemp y L. W. Nielsen, *The Barriers to Climate Awareness*, Danish Ministry for Climate and Energy, 2009.

PRIMERA PARTE

PROPUESTAS EN MATERIA CLIMÁTICA

1. Lograr que el principio de las “responsabilidades comunes pero diferenciadas” sea operativo

Mireille Delmas-Marty

El Principio de las Responsabilidades Comunes pero Diferenciadas (PRCD) es una de las claves del éxito del futuro acuerdo de París: está claro, en materia climática como en otras áreas de la gobernanza mundial, que no sería ni *equitativo*, ni *aceptable*, ni *sostenible* imponer a todos los países del mundo los mismos objetivos, sin tomar en cuenta su historia y su situación actual. Sería además poco eficaz prever compromisos que no sean vinculantes para todos los Estados parte. Por ello es necesario lograr que el PRCD sea operacional para el período post-Kyoto, explicitándolo a través de la referencia a objetivos comunes, a contribuciones comparables y a principios de diferenciación lo suficientemente precisos como para brindar un marco a los criterios de diferenciación.

1 – Ampliar los objetivos comunes

Contexto – La protección de las generaciones futuras, y más ampliamente todavía, del ecosistema planetario, requiere de un principio de anticipación que condiciona la noción de desarrollo sostenible. La atenuación del desequilibrio climático se ha vuelto por lo tanto un objetivo mundial. Al ser de tipo cuantitativo, dicho objetivo implica concretamente una reducción progresiva de las emisiones hasta poder alcanzar la “neutralidad carbono”. Recordemos solamente que el objetivo de limitar a 2°C el calentamiento medio del planeta en relación a la era preindustrial se adoptó en 2009 (Cumbre

de Copenhague) y luego se integró a los acuerdos climáticos (Conferencia de Cancún 2010).

Pero el umbral de 2°C es un simple cálculo estimativo y la adaptación de las sociedades al cambio climático también es un objetivo esencial, aun cuando sea más difícil de implementar puesto que es de orden cualitativo y depende en parte de las prácticas nacionales. También hay que tomar en cuenta las variantes geográficas y económicas de la adaptación. En la Conferencia de Lima (COP 20), los países desarrollados hicieron importantes concesiones sobre este punto, en la medida en que se decidió que el acuerdo de París tratará “de manera equilibrada” sobre la mitigación y sobre la adaptación. La decisión compromete también a los países desarrollados a brindar y movilizar un mayor apoyo financiero a favor de acciones ambiciosas de adaptación.

Propuesta n°1 – *Considerar la adaptación de las sociedades al desequilibrio climático como un objetivo común a escala mundial (“global goal”) que incumbe la responsabilidad de todos los Estados parte.*

Pero aún nos falta evaluar los esfuerzos de los Estados para la realización de los objetivos comunes. Esto implica que las contribuciones nacionales se establezcan según una grilla común.



2 – Establecer un esquema común para las contribuciones nacionales

Contexto— Con el propósito de conseguir la participación de todos los países en una dinámica ambiciosa e inclusiva, dentro del marco del proceso de negociación de un acuerdo para el período post-2020, el término “compromiso” ha sido remplazado por el de “contribución”. Las contribuciones previstas determinadas a nivel mundial, llamadas “INDC” (del inglés “*Intended Nationally Determined Contributions*”) constituyen el “vehículo” a través del cual los Estados buscan comunicar sus compromisos para el período posterior a 2020. El proceso de determinación “nacional” respeta las soberanías más sensibles a la cuestión climática, lo que posibilitó restaurar un poco de confianza entre los Estados.

En diciembre de 2013, la Conferencia de Varsovia (COP 19) había solicitado a la Conferencia de Lima que detallara las informaciones que los Estados debían brindar en sus propias contribuciones. El desafío era crucial: cuanto más enmarcadas fueran las informaciones, más comparables

serían las contribuciones nacionales, y eventualmente más evaluables en relación al objetivo de los 2°C. Pero el proyecto anexo, negociado desde varios meses antes, fue abandonado en Lima a favor de un texto muy vago, que reúne algunos elementos de orden ilustrativo (“un año de referencia”; “los plazos y/o períodos de implementación”; etc.). Es cierto que los Estados deben explicar en qué aspectos sus contribuciones son equitativas y ambiciosas en relación al contexto nacional y de qué forma contribuyen a alcanzar los objetivos comunes, pero mientras no haya una grilla común, será difícil medir el nivel de ambición del conjunto y llevar eventualmente a los Estados a aumentar sus objetivos de reducción.

Propuesta n°2 – Establecer una grilla común para las contribuciones que fije el perímetro de acción (atenuación y adaptación) el nivel de ambición y los procedimientos metodológicos de cálculo de las emisiones (calendario, año de referencia, etc.).

3 – Formular principios que determinen los criterios de diferenciación

Contexto – La división binaria del mundo planteada por el Protocolo de Kyoto (países industrializados/no industrializados), además de haber sido abandonada, ya no se corresponde con la realidad: los países emergentes (BRICS) alcanzan a los países industrializados en términos de riqueza producida, mientras que ésta mantiene un nivel muy bajo en los países en desarrollo, donde se localiza sin embargo lo esencial del aumento demográfico. Este marco sigue siendo, por otra parte, extremadamente evolutivo. El acuerdo de París deberá entonces ser lo suficientemente flexible como para captar esta complejidad y lo suficientemente sólido como para adaptarse a sus evoluciones. Para ello, un análisis profundo de las contribuciones nacionales debería permitir hacer un inventario bastante detallado y preciso de los criterios elegidos por los Estados. Sin pretender que nuestras propuestas sustituyan un inventario de esa naturaleza, señalaremos sin embargo los dos principios de diferenciación que deberían limitar la anticipación en el tiempo y en el espacio.

En el tiempo, la diferenciación es de tipo retrospectivo y remite a la deuda ecológica que las generaciones presentes heredaron de las generaciones anteriores: ese principio de “historización” condiciona la noción de diferenciación equitativa e impone un financiamiento efectivo del Fondo Verde para el Clima por parte de los Estados industrializados.

En el espacio, debemos reconocer a las generaciones presentes cierto derecho al desarrollo que varía según el contexto nacional: económico (noción de “costo económico aceptable”) pero también social y cultural (lucha contra las exclusiones), geográfico (vulnerabilidad de algunos países) e incluso tecnológico (peligrosidad de algunas prácticas). Destacando la naturaleza evolutiva de la diferenciación, este principio de “contextualización” condiciona la noción de diferenciación aceptable.

No obstante ello, “historizar” y “contextualizar” los compromisos de los Estados no significa renunciar a cualquier tipo de responsabilidad en común sino, al igual que en el campo de los Derechos Humanos, admitir que haya un “margen nacional de apreciación”.

Propuesta nº3 – *Formular dos principios para garantizar una diferenciación que sea al mismo tiempo equitativa en función de la deuda “ecológica” heredada del pasado (principio de historización) y aceptable en relación al contexto nacional presente de cada Estado (principio de contextualización). Con respecto a los objetivos comunes de anticipación sobre el futuro, estos principios deberían determinar el margen nacional admitido en relación a los compromisos de los Estados.*

Si el acuerdo de París se basa en objetivos comunes y si las contribuciones nacionales, establecidas según un esquema común, son comparables y evaluables según los criterios de diferenciación antes enunciados, los compromisos de los Estados podrían llegar a ser vinculantes, condición necesaria para garantizar la efectividad del futuro acuerdo.

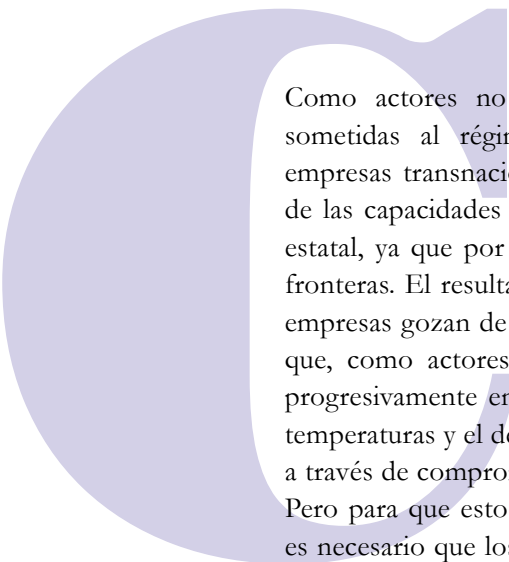
Para alcanzar ese objetivo habrá que concebir también un dispositivo de control eficaz. Existen para ello varias posibilidades. La más sencilla consistiría en retomar el mecanismo de cumplimiento de Kyoto. La implementación de ese mecanismo ha generado sin embargo efectos perversos (en particular la salida de Canadá). De allí el interés de las propuestas que apuntan a combinar mecanismos de resolución de diferendos que permitan cuestionar la responsabilidad de los Estados, con dispositivos informales de supervisión sobre el modelo de la puesta en conformidad prevista para las empresas por las Líneas directrices de la OCDE¹.

Pero para hacer frente al desequilibrio climático no bastará con responsabilizar a los Estados, puesto que los actores más poderosos en la escena internacional son a menudo las empresas, y en particular las empresas transnacionales.

1. S. Maljean-Dubois, « Les métamorphoses de la responsabilité des États dans le champ de l'environnement », in C. Bréchignac, G. de Broglie y M. Delmas-Marty (dir.), *L'Environnement et ses métamorphoses*, Hermann, de próxima aparición, 2015.

2. Conseguir los objetivos de reducción sean vinculantes para las empresas y susceptibles de control judicial

Luca d'Ambrosio



Como actores no estatales, las empresas no están sometidas al régimen internacional del clima. Las empresas transnacionales, por su parte, están más allá de las capacidades de reglamentación de todo sistema estatal, ya que por definición su actividad traspasa las fronteras. El resultado es que, en materia climática, las empresas gozan de una suerte de impunidad. Es cierto que, como actores económicos, vienen implicándose progresivamente en la lucha contra el aumento de las temperaturas y el desequilibrio climático, especialmente a través de compromisos voluntarios (autorregulación). Pero para que estos compromisos se tornen efectivos, es necesario que los objetivos de reducción de emisión de gases de efecto invernadero sean *vinculantes* para las empresas, es decir que se reconozca su obligación jurídica de implementarlos y que al mismo tiempo se instituya una tercera instancia capaz de garantizar su seguimiento y control y eventualmente sancionar las faltas. En otras palabras, garantizar la *justiciabilidad* de los objetivos de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero.

4 – Garantizar el seguimiento y control de la autorregulación

Contexto – El compromiso de las empresas en materia climática se ha dado hasta ahora más que nada por medio de la autorregulación, es decir, mediante dispositivos que les permiten a las empresas determinar por sí mismas los objetivos de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero que quieren alcanzar. Tal es el caso de las normas que surgen de la responsabilidad social y ambiental empresarial (RSE), de las normas técnicas

o de la compensación carbono, como también de los acuerdos sectoriales tales como los acuerdos firmados por las empresas del transporte aéreo y del transporte marítimo internacional. Los acuerdos ambientales constituyen otro dispositivo utilizado por las empresas para participar del objetivo de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero: su negociación se obtiene “bajo amenaza de una acción legislativa o reglamentaria” y se ubican entre la autorregulación y la corregulación¹.

Todas estas iniciativas merecen ser tomadas en consideración, ya que pueden abrir caminos para desbloquear la gobernanza internacional del clima y mostrar a su vez las potencialidades de su dimensión “multiactores”. Además, por tratarse de grandes empresas transnacionales, estas iniciativas pueden tener el efecto de arrastrar a las otras empresas. Sin embargo, la proliferación de la autorregulación puede conducir a una verdadera privatización de las normas. También puede mostrarse poco eficaz en la medida en que las empresas fijan por sí mismas el cursor y las modalidades de verificación.

Propuesta n° 4 – Garantizar el seguimiento y el control de los compromisos de reducción de las emisiones adoptados voluntariamente por las empresas. Para ello, habría que concretar la instauración de “puntos nacionales de contacto” que puedan recibir denuncias de los actores ciudadanos organizados (ONGs y sindicatos). Llegado el caso, lograr que el sistema de “Líneas Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales” abarque también el campo de lo ambiental.

Pero la experiencia de las Líneas Directrices de la OCDE demuestra que las consecuencias de la constatación de una falta son limitadas, aun cuando no sean despreciables las consecuencias para la reputación de las empresas. De allí la necesidad de que la autorregulación internacional se articule con la reglamentación nacional o regional de los objetivos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero.

1. Sandrine Maljean-Dubois y Apolline Roger (dir.), *L'Implication des entreprises dans les politiques climatiques. Entre corégulation et autorégulation*, Paris, La Documentation Française, 2011, p. 11-12.

5 – Reglamentar los objetivos de reducción combinando medidas incitativas y sanciones disuasivas

Contexto – La realización de los objetivos de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero implica o bien fijar un tope máximo para las emisiones, o bien fijar un precio del carbono lo suficientemente alto como para evitar que las empresas sigan utilizando la atmósfera como “vertedero de gases de efecto invernadero”².

En 2011, la Unión Europea eligió la opción de poner tope a las emisiones con el fin de reducir las emisiones de CO₂ de los vehículos livianos. Esta opción también fue elegida en 2015 por el gobierno de Obama con el objeto de reducir las emisiones de CO₂ de las centrales térmicas. Pero no se trata más que de excepciones, puesto que la ortodoxia económica se inclina más hacia el establecimiento de un precio del carbono. No se sabe aún qué mecanismo podría permitir determinar a escala planetaria “un precio único del carbono” capaz de integrar efectivamente dentro del cálculo de las empresas el costo de las emisiones de gases de efecto invernadero. Frente a las dificultades relativas a la institución de un mercado mundial de CO₂³, podría preverse un “canon” que funcione sobre el doble principio de “quien contamina, paga” y “quien descontamina es ayudado”⁴. Este canon o impuesto carbono de un monto considerable debería cumplir una doble función: por un lado, compensar las ventajas con las que se benefician las empresas emisoras de gases y, por otro lado, contribuir a través del Fondo Verde al financiamiento de un sistema productivo “descarbonizado”⁵. Además, y a falta de un acuerdo universal, este impuesto podría establecerse también a nivel regional –por ejemplo a escala europea– a condición de que se cree en paralelo un impuesto que incluya a los productos importados por los países no signatarios⁶.

2. Ver las observaciones de Antoine Frérot, in A. Supiot y M. Delmas-Marty (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, op. cit.

3. Ver Roger Guesnerie, « Le ‘dictateur bienveillant’ et le climat », *Lemonde.fr*, 23.6.2015. Por otra parte, las fallas del mercado europeo de intercambio de bonos carbono, que contribuyó a la caída del precio del carbono, llevan a dudar del efecto incitativo que puede tener un mecanismo de esta índole sobre la inflexión de las trayectorias de las emisiones de gases de efecto invernadero de las empresas.

4. Antoine Frérot, in A. Supiot and M. Delmas-Marty (eds.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, op. cit.

5. Janis Sarra propone que el impuesto carbono sea parcialmente retroactivo. Ver su contribución « Assumer notre responsabilité financière en matière de changement climatique », in A. Supiot et M. Delmas-Marty (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, op. cit.

6. A. Frérot, *op. cit.* Ver también el Llamado de Economistas intitulado « Pour un accord climatique amiteux et crédible à Paris ».

as medidas financieras de incitación a la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero pueden llegar a no ser lo suficientemente disuasivas si no van acompañadas de medidas que permitan sancionar a las empresas en falta y, llegado el caso, imputarles los efectos dañinos que el desequilibrio climático puede causar sobre los ecosistemas y sobre la vida de poblaciones enteras.

En derecho civil, por ejemplo, el recurso a la noción de “Market share liability” permitiría hacer que la reparación de los daños climáticos hechos por las empresas sea proporcional a su parte de mercado. En derecho penal, la introducción del crimen internacional de “ecocidio” permitiría castigar daños que revistan ese nivel de gravedad⁷.

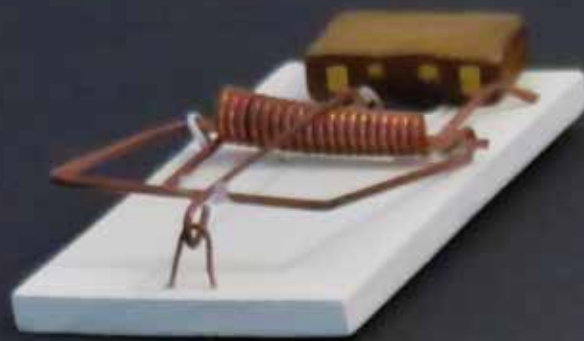
Propuesta nº 5 – *Acompañar las incitaciones económicas con medidas que permitan penalizar a las empresas que no cumplan los objetivos de reducción. Al respecto, habría que prever sanciones pecuniarias suficientemente disuasivas y, por otro lado, adaptar los mecanismos de imputación de la responsabilidad a la naturaleza difusa y transnacional de los daños climáticos.*

Es evidente que una perspectiva de esta índole – que lleve a instaurar una verdadera “responsabilidad climática” de las empresas – depende ampliamente de la voluntad de los Estados. De allí surge el interrogante de saber si la implementación de un nuevo sistema de responsabilidad de estas características puede acelerarse mediante la movilización de los derechos humanos y, más precisamente, a través de la movilización de la teoría de las “obligaciones positivas”.

6 – Vincular la calidad del clima con la protección de los derechos humanos

Contexto – Tal como lo explica un informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el desequilibrio climático puede tener consecuencias directas sobre el goce efectivo de los derechos fundamentales (por ejemplo, la amenaza que pueden representar para el derecho a la vida los fenómenos meteorológicos extremos); pero también puede tener consecuencias indirectas o progresivas (por ejemplo, una sobrecarga de los sistemas de salud y las situaciones de vulnerabilidad que derivan de las migraciones inducidas por los cambios climáticos).

7. Para una enumeración de dichos actos, ver L. Neyret (dir.), *Des écocrimes à l'écocide*, Bruylant, 2015.



Ahora bien, en aplicación de la “jurisprudencia ambiental” desarrollada por las Cortes Regionales de Derechos Humanos (Corte Europea y Corte Interamericana), los Estados tienen la obligación positiva de adoptar todas las medidas capaces de prevenir la violación de los derechos garantizados por las Convenciones (derecho a la vida, derecho al respeto de la vida privada y familiar, derecho a un recurso efectivo) que pudieran provenir no sólo del accionar de los actores públicos sino también, y aquí radica el interés para nuestra propuesta, del accionar de los actores privados. Es así que el efecto denominado “horizontal” de los Derechos Humanos podría contribuir a fortalecer “por efecto cascada” la responsabilidad de las empresas.

Cuando se trata de aplicar estos principios en materia climática, las instancias internacionales de protección de los derechos humanos se muestran todavía muy



prudentes. La Comisión Interamericana rechazó en 2006 una primera demanda presentada contra los Estados Unidos por la *Inuit Circumpolar Conference*. En 2013, el *Arctic Athabaskan Council* apeló nuevamente a la Comisión presentando una demanda contra Canadá en razón de una aceleración del calentamiento del casquete glaciar ártico. Esto repercutiría en violaciones a múltiples derechos de los pueblos autóctonos, tales como el derecho a transmitir su propia cultura a las generaciones futuras, el acceso a su alimentación tradicional, el derecho a la propiedad y el derecho a la salud.

La decisión de vincular el cambio climático con los derechos humanos podría dar lugar también al accionar de jueces nacionales. En 2005, por ejemplo, la Corte Suprema Federal de Nigeria condenó a la compañía petrolera *Royal Dutch Shell* a abstenerse de la

práctica del “*gas flaring*”. Según los jueces nigerianos, la combustión del gas producida por la extracción del petróleo generaría emisiones de GEI y otros residuos en la atmósfera que pueden atentar contra el derecho a la vida y a la dignidad de las poblaciones aledañas. En 2015, un Tribunal holandés señaló la obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para proteger a sus ciudadanos del peligro inminente causado por el desequilibrio climático, de ahora en más establecido por el GIEC.

Propuesta n°6 – Reconocer la obligación positiva de los Estados de hacer que las empresas respeten los derechos fundamentales de los individuos y de los pueblos autóctonos que puedan verse afectados, directa o indirectamente, por el desequilibrio climático.

SEGUNDA PARTE

PROPUESTAS EN MATERIA ECONÓMICA Y FINANCIERA

3. Modular las responsabilidades de las empresas transnacionales en función del poder económico y del impacto “societal”

Kathia Martin-Chenut

La multiplicación de los actores de la globalización debería implicar una redistribución de las responsabilidades. Por el contrario, parece culminar a menudo en la disolución de las mismas. Remediar la irresponsabilidad de las empresas requiere de la modulación de sus responsabilidades en función del impacto “societal” de sus actividades. Dicho en otros términos, en función de las consecuencias de esas actividades sobre la sociedad, ya sean consecuencias sociales, sanitarias, ambientales y más ampliamente en materia de derechos humanos. Para ello habría que fortalecer las obligaciones de las empresas transnacionales en el ámbito de los derechos fundamentales para la adopción de un instrumento internacional vinculante. Dicho instrumento se sumaría a los estándares internacionales existentes que son del orden de la *soft law*. También habría que ampliar la responsabilidad de las casas matrices y de los contratistas principales. Y, por último, repensar la misión y la noción misma de empresa para tomar en consideración los desafíos societales.

7 – Apoyar la adopción de un instrumento jurídicamente vinculante en materia de derechos fundamentales

Contexto – Desde los años ’70, la implicación de las empresas en graves violaciones de los derechos humanos en Chile o en Sudáfrica dio lugar a algunas iniciativas dentro de las Naciones Unidas (Grupo de Trabajo para la Elaboración de un Código de Conducta de las Empresas Multinacionales y Relator Especial sobre el tema “consecuencias para el goce de los derechos humanos de la ayuda brindada a los regímenes racistas y colonialistas

de África austral”), proseguidas por la OCDE (Líneas directrices de la OCDE para las multinacionales de 1976) y la OIT (Declaración tripartita sobre las empresas multinacionales y la política social de 1977). Pero no se ha adoptado ningún texto jurídico vinculante. La respuesta de las Naciones Unidas se orientó más bien hacia un “derecho blando” o “indicativo” que, hasta ahora, favoreció el desarrollo de una “responsabilidad social empresarial” (RSE), especialmente con la adopción del *Pacto mundial* de las Naciones Unidas en 2000, luego en 2011 la adopción de los *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos* por parte del Consejo de Derechos Humanos.

Ahora bien, a pesar del fracaso del Proyecto de Normas sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas, elaborado dentro de la antigua Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2003, el 25 de junio de 2014 el Consejo de Derechos Humanos de la ONU adoptó una Resolución para crear un grupo de trabajo intergubernamental encargado de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante. Es cierto que el proceso será complejo y arduo, dadas las condiciones de adopción de la Resolución en 2014. Sin embargo, una participación activa y constructiva de los Estados en los trabajos podría contribuir a una culminación favorable y al fortalecimiento de la responsabilidad de las empresas. Dada la ausencia de jurisdicción internacional competente para juzgar a las empresas y los obstáculos con los que se confrontan a menudo los jueces internos, debería prestarse especial atención a los mecanismos de control del futuro texto (casi jurisdiccionales o jurisdiccionales).

Propuesta n°7 – Apoyar la iniciativa del Consejo de Derechos Humanos de reglamentar las actividades de las empresas transnacionales dentro del marco del derecho internacional de los Derechos Humanos.

Esta iniciativa no debería por ello frenar el desarrollo de la *soft law* en materia de RSE o de la autorregulación que promueve buenas prácticas. Por el contrario, se trata de iniciativas que son complementarias y pueden favorecer una cultura de la responsabilidad. Aunque aún faltaría poder identificar a los responsables.



8 – Fortalecer la responsabilidad de las sociedades matrices por el comportamiento de sus filiales y el de los proveedores principales

Contexto – La organización reticular de las empresas transnacionales favorece la irresponsabilidad. Por esta razón es necesario ir más allá de la pantalla de la persona jurídica, especialmente a través de la movilización de nociones surgidas de las normas internacionales en materia de RSE, como las nociones de esfera de influencia o la de debida diligencia. Esto obligaría a los actores que ejercen un poder, en cualquier nivel que fuera, a responder por los impactos de sus decisiones.

La diligencia debida está inscrita en el número 17 de los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Dicho texto, no vinculante, que distribuye la responsabilidad en un tríptico “*Protect, respect and remedy*”, impone a las empresas, en primer lugar, que se abstengan de violar los derechos humanos (obligación negativa). De esa obligación negativa se derivan obligaciones positivas, en particular la de la “diligencia razonable” (*due diligence*): prevenir y evitar los impactos negativos de sus actividades que puedan constituir violaciones de los derechos humanos, incluidas las que se vinculan con daños ambientales.



A pesar de las críticas recibidas por los Principios Rectores de las Naciones Unidas, su proceso de adopción tuvo el mérito de mantener el tema de la responsabilidad de las empresas en la agenda de las Naciones Unidas durante unos seis años y el de generar múltiples instancias, incluso fuera de la ONU. Más allá de la adopción de la ISO 26000, la OCDE incluyó un capítulo específico sobre derechos humanos en sus Principios Rectores para las Multinacionales; la Sociedad Financiera Internacional (SFI) le sumó a sus *Performance standards* algunas referencias a los derechos humanos y, a nivel europeo, tanto el Consejo de Europa (Trabajos del Comité Director de Derechos Humanos) como la Unión Europea adhirieron a los principios onusianos y obran por su implementación y aplicación dentro de sus respectivos Estados miembro. Gracias a las interacciones entre los distintos espacios normativos, estos principios terminaron por adquirir cierta fuerza normativa, pero su aplicación sigue siendo incierta.

El fortalecimiento de la responsabilidad requiere ya sea de evoluciones jurisprudenciales (estableciendo lazos de subordinación innovadores), ya sea de reformas legislativas para transponer en derecho interno los estándares internacionales y “endurecer” así la RSE.

Tal es el caso del dispositivo iniciado en Francia a fines de 2013 por una Propuesta de Ley relativa al deber de diligencia de las casas matrices y los contratistas principales. Ese primer texto (al cual se agregaron tres PPL más de idéntico tenor) fue rechazado por la Comisión de Leyes el 21 de enero de 2015 por motivos de orden económico y remplazado por un nuevo texto, ciertamente más suavizado, pero cuya adopción podría ubicar a Francia a la cabeza de un movimiento europeo en materia de diligencia debida de las empresas transnacionales, como lo fue en materia de obligación de información no financiera.

Propuesta n°8 – Consagrar una “diligencia debida” de las sociedades matrices en toda su cadena de valor. Este objetivo podría alcanzarse mediante la articulación entre procesos de autorregulación y de regulación, entre soft law y hard law, provenientes de diferentes espacios normativos (mundial, regional y nacional). También implica organizar las vías de acceso de las víctimas a la justicia (individual y colectivamente sobre todo).



Photo CC Ferdinand Toys

9 –Incluir las problemáticas “societales” dentro del objeto social/interés social de las empresas

Contexto – Para paliar los efectos perversos del capitalismo financiero y del argumento económico según el cual la finalidad de la empresa es la maximización de las ganancias, esta propuesta apunta a replantear la misión y la noción misma de empresa, en particular mediante la inclusión de las problemáticas societales dentro del objeto social o hasta del interés social de la misma.

Esta inclusión podría tomar diversas formas, tales como la “empresa con objeto social ampliado” que surge de los trabajos desarrollados dentro del Collège des Bernardins¹. Podría implementarse a través de reformas legislativas (revisando, por ejemplo, la noción de sociedad comercial), o bien mediante algunas evoluciones jurisprudenciales. En Francia, la ONG Sherpa emitió algunas propuestas legislativas que apuntaban a ampliar la definición del

interés social incluyendo los desafíos societales. Dichas propuestas fueron formuladas en el informe Attali sobre la “economía positiva”. Habían sido incluidas en una primera versión del anteproyecto de ley “para el crecimiento, la actividad y la igualdad de las oportunidades económicas” (conocido como “Proyecto Macron”) pero finalmente se las descartó. En otras partes del mundo, en particular en Brasil, hay interpretaciones jurisprudenciales evolutivas que permiten afirmar, por ejemplo, la “función social de la empresa” como derivación de la función social de la propiedad y del contrato. Siempre y cuando esto no quede limitado a un disfraz retórico que finalmente sólo serviría para favorecer la renuncia o el desentendimiento del Estado.

Es evidente que el aumento de las responsabilidades de los actores económicos privados nunca debería hacerse en detrimento de las responsabilidades de los Estados, primeros responsables de la protección de los derechos humanos.

1. Estos trabajos, que proponen una nueva forma de sociedad en el derecho francés (SOSE), apuntan a introducir un vínculo concreto entre la misión y la gobernanza de la empresa, inspirándose de un modelo norteamericano (*Benefit Corporation et Flexible Purpose Corporation*). Ver B. Roger (dir.), *Entreprise : formes de la propriété et responsabilités sociales*, Paris, Collège des Bernardins/Lethielleux, 2012 ; J.-Ph Robé, « Pour en finir avec Milton Friedman », in A. Lyon-Caen y Q. Urban (dir.), *La Crise de l'entreprise et de sa représentation*, Paris, Dalloz, 2012, p. 11-32 ; O. Favereau, « La fin de l'entreprise privée », in A. Supiot (dir.), *L'Entreprise dans un monde sans frontières*, op. cit., p. 305-320 ; B. Segrestin, B. Roger, S. Vernac (dir.), *L'Entreprise : point aveugle du savoir*, Colloque de Cerisy, Éditions Sciences humaines, 2014.

Propuesta nº 9 – Incluir las problemáticas societales dentro del objeto social o incluso del interés social de la empresa. Este objetivo podría alcanzarse a través de reformas legislativas, tal como por ejemplo la reforma del artículo 1833 del Código Civil que se planteó en Francia. También puede realizarse por vía de evoluciones jurisprudenciales que reconozcan, en particular, la función social de la empresa.

4. Incluir las problemáticas sociales y ambientales dentro del derecho internacional económico

Caroline Devaux



El derecho internacional económico se ha mantenido muy autónomo en relación a las problemáticas sociales y ambientales, a las que trata como si fueran cosas externas, ya sea ignorándolas o bien interpretándolas de manera utilitarista. Sin embargo, esas problemáticas y el comercio internacional no son necesariamente antinómicos. Las inversiones extranjeras, al igual que los intercambios comerciales, tenían originalmente la finalidad de brindar a los países pobres los medios para desarrollarse. Ese objetivo de desarrollo aparece enunciado generalmente en la mayoría de los preámbulos de los tratados comerciales. Sin embargo, el derecho internacional económico se fue replegando sobre sí mismo a lo largo de su evolución hasta mostrarse como una disciplina aislada y centrada en la exclusiva búsqueda del libre intercambio.

La elaboración de una política social internacional requiere terminar con la conducta paradójica o hasta esquizofrénica de los Estados que, habiendo consagrado universalmente los derechos humanos, tardan demasiado en transponerlos al marco de sus relaciones comerciales. Un reposicionamiento de esta índole por parte de los Estados implica reintegrar las problemáticas sociales y ambientales tanto dentro del derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC) como del derecho internacional de las inversiones extranjeras, dos disciplinas primordiales para los actores económicos, pero dictadas por lógicas diferentes.

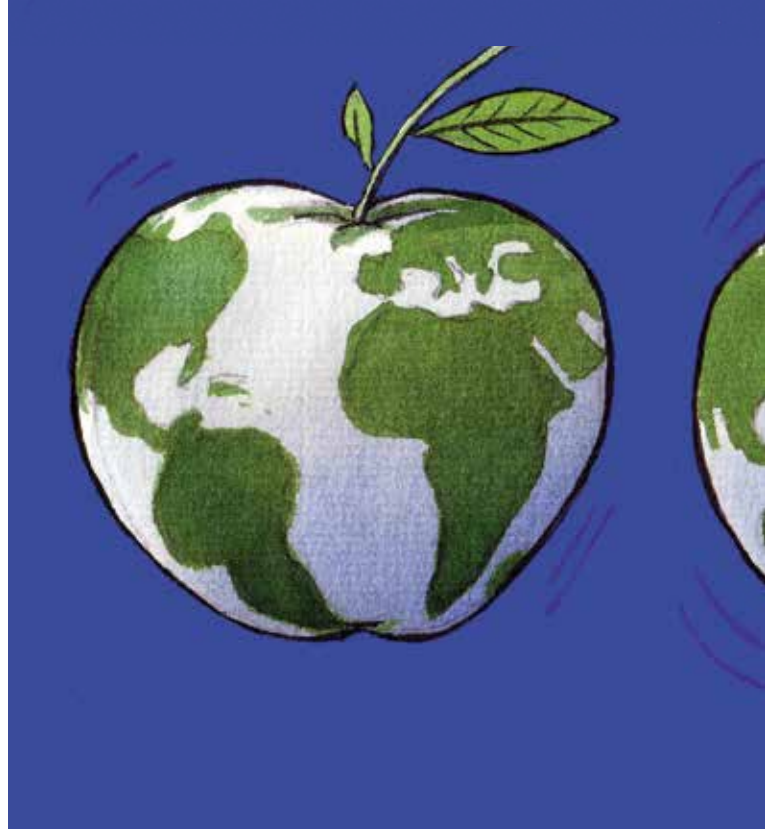
10 – Fortalecer las “cláusulas societales” dentro de los acuerdos de la OMC

Contexto - La reintegración de las problemáticas sociales y ambientales dentro del derecho internacional económico sólo es posible si el derecho de la OMC y el derecho internacional de los derechos humanos se reconocen mutuamente. La OMC debe tomar nota de los compromisos internacionales asumidos por los Estados en materia de derechos humanos. Esto no significa que de aquí en adelante pase a resolver, con su sistema de resolución de conflictos, sobre cuestiones sociales y ambientales. Se trata más bien de garantizar la conformidad de los objetivos de la OMC con las problemáticas y desafíos sociales y ambientales que, actualmente, no constituyen sino excepciones frente al libre mercado, interpretadas restrictivamente por la jurisprudencia de la OMC.

Propuesta n°10 – *Convendría considerar, en todos los componentes del derecho de la OMC, cláusulas societales que cumplan una función de “pasarela jurídica” entre las disciplinas. Dichas cláusulas consagrarían las problemáticas sociales y ambientales como intereses legítimos protegidos por la OMC.*

11 – Reasignar al Estado un papel central en el arbitraje de inversiones

Contexto - La reintegración de las problemáticas sociales y ambientales dentro del derecho internacional económico implica asimismo volver a situar alrededor de los Estados la resolución de diferencias en materia de inversiones. En la actualidad, el arbitraje entre Estados e inversores no permite tomar suficientemente en cuenta la protección de las cuestiones sociales y ambientales, que siguen siendo interpretadas restrictivamente por los tribunales de arbitraje. Por ejemplo, en el caso *Tecmed* de 2003, con el fin de determinar si el rechazo de las autoridades mexicanas de renovar el permiso de explotación de un vertedero por consideraciones ecológicas constituía una expropiación indirecta, el tribunal de arbitraje declaró que la intención del gobierno anfitrión era menos importante que los efectos de su medida sobre la inversión extranjera. En consecuencia, se decidió que el rechazo de las autoridades mexicanas representaba un costo excesivo para el inversor y se condenó a México a pagar una indemnización de más de 5,5 millones de dólares a la empresa Tecmed.



Más recientemente, en el litigio que opuso a las multinacionales Suez y Vivendi Universal contra Argentina, el tribunal de arbitraje fue llevado a pronunciarse explícitamente sobre los vínculos entre el derecho internacional de la inversión y los derechos humanos, en particular el derecho al agua. El gobierno argentino había anulado un contrato de privatización del agua en beneficio de Suez, concretamente sobre la base de la mala calidad del agua distribuida a las poblaciones locales. El tribunal arbitral decidió que el gobierno argentino, teniendo que cumplir tanto con los inversores como con la protección de los derechos humanos, tendría que haber encontrado un medio de conciliar sus dos series de obligaciones. En consecuencia, condenó a la Argentina a pagar una indemnización de 380 millones de euros a los demandantes por haber anulado el contrato (decisión del 9 de abril de 2015). En este contexto, tiene lugar actualmente una ola de renacionalización de los servicios públicos, especialmente del agua. En Jakarta, por ejemplo, donde Suez tiene un contrato de privatización del servicio de agua desde 1997, el tribunal constitucional acaba de declarar que la privatización del agua es inconstitucional, lo que deriva en la resolución inmediata y sin compensación del contrato con Suez¹.

Aunque el arbitraje de inversiones mantenga en un papel de primer plano a los inversores, cabe mencionar los dispositivos innovadores del nuevo modelo brasilero de tratado de inversiones que prevé, en caso de desacuerdo,

1. Corte constitucional indonesia, decisión del 20 de febrero de 2015 derogando la ley n°7/2004 sobre los recursos de agua. Ver también la decisión de la Central Jakarta District Court del 24 de marzo de 2015 que pone fin al contrato de privatización del agua en manos de Suez.



Dessin © Selçuk Demirel

el recurso a un arbitraje entre Estados únicamente (Acuerdos Brasil-Mozambique firmado el 30 de marzo, Brasil-Angola el 1ro de abril y Brasil-México el 26 de mayo de 2015 sobre la cooperación y la facilitación de las inversiones). Si no se puede llegar tan lejos, por lo menos deben hacerse mejoras para que el interés general sea más tomado en consideración.

Propuesta n°11 – *En materia de inversiones extranjeras, habría que alentar a los Estados anfitriones a invocar cualquier falta a los derechos humanos ante los tribunales de arbitraje con el fin de reducir, o hasta de privar, a los inversores de su derecho a la protección. Los Estados también deberían fortalecer el control ejercido por sus jueces estatales en el marco de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de las sentencias de arbitraje en su territorio, aun cuando esta propuesta vaya en contra de las necesidades de eficacia del arbitraje. Por último, habría que incitar al Estado de origen, al que alentó a sus ciudadanos o sociedades a invertir en el extranjero, a que los demande frente a sus propios jueces estatales en caso de violación de los derechos humanos en el territorio del Estado anfitrión (un procedimiento de este tipo podría servir a cambio como medio de defensa para el Estado anfitrión ante el tribunal de arbitraje).*

12 – Concebir mecanismos de seguimiento y control dentro del marco de los acuerdos comerciales

Contexto – Por último, la reintegración de las problemáticas sociales y ambientales dentro de los

acuerdos comerciales pasa por la implementación de mecanismos de control para supervisar sus efectos sobre las poblaciones locales. Los mecanismos de control concebidos dentro del marco de los acuerdos de libre intercambio entre Canadá, EEUU y México (Comisión de cooperación ambiental dentro del marco del acuerdo norteamericano de cooperación en el ámbito del medioambiente, vigente desde 1994) y de los acuerdos del Banco Mundial (Panel de Inspección, creado en 1993) constituyen los primeros pasos hacia una reintegración de esa naturaleza. En efecto, garantizan un control permanente del impacto societal de los acuerdos comerciales y ofrecen medios para que la sociedad civil participe en el control del respeto de las obligaciones sociales y ambientales que pesan sobre cada uno de los Estados miembro. El acuerdo de libre comercio UE-Colombia/Perú también prevé la implementación de un subcomité sobre el comercio y el desarrollo sostenible para poner en práctica los objetivos de desarrollo sostenible del acuerdo (artículo 280), así como también de puntos de contacto nacionales (artículo 281) y la instauración de un diálogo con la sociedad civil (artículo 282). Pero todavía quedan por hacer unos esfuerzos considerables en este sentido.

Proposition n°12 – *En los acuerdos comerciales habría que instituir mecanismos de control, en colaboración con la sociedad civil, con el objeto de supervisar mejor sus efectos sobre las poblaciones locales, sin que por ello estos mecanismos remplacen un procedimiento contencioso de resolución de diferendos en materia social y ambiental.*