



Revista

ISSN 2007-4700

# Perla

MÉXICO

Número 14 • 15

Marzo de 2018 • febrero de 2019

## Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de derechos humanos en el marco del Derecho Penal Internacional

Ana Isabel Pérez Cepeda

Universidad de Salamanca

Juan Terradillos Basoco

Universidad de Cádiz

**RESUMEN:** Las líneas que siguen ponen de manifiesto los problemas que se derivan al momento de conciliar la liberalización del mercado en pro de aumentar el espacio de operaciones del capital privado (bajo los llamados “acuerdos de libre comercio”), con el hecho de procurar una intervención eficaz para asegurar la pax publica. Paradójicamente se percibe cómo los derechos humanos, que en este proceso de liberalización pueden resultar violentados, acaban siendo protegidos solo a nivel nacional bajo políticas neoliberales. El presente trabajo analiza las vías de solución impulsadas bajo este nuevo paradigma, tales como los tribunales de arbitraje, con los problemas que ello conlleva en la práctica al colisionar con los derechos humanos. Nos encontramos con una justicia hecha a medida para los detentadores de los poderes económicos en contraposición a una justicia de masas para los consumidores ordinarios. El trabajo analiza también, con especial hincapié, el marco europeo en los últimos años. Se defiende que el derecho internacional de los derechos humanos debe prevalecer, en un sentido férreo, frente a cualquier injerencia externa y de rango inferior, como los acuerdos de libre comercio, que de entrar en contradicción con aquel primer derecho, debieran devenir nulos.

**PALABRAS CLAVE:** Acuerdos de libre comercio, liberalización económica, derechos humanos, arbitraje internacional, Derecho Penal.

**ABSTRACT:** The next paragraphs reveal the problems that are derived at the moment of reconciling the liberalization of the market, in order to enlarge the space of operations of private capital (under the so called “free commerce agreements”), with the attempt of an effective intervention for ensuring the pax public. Paradoxically, it is perceived how human rights, which in this process of liberalization can be damaged, end up been protected only at a national level under neoliberal policies. This article analyzes the ways of solution that are driven by this new paradigm, like arbitration tribunals, with the problems that this entails in practice as they collide with human rights. We are in front of justice made ad-hoc for holders of the economic power in contraposition of a masses’ justice for ordinary consumers. The text also analyzes, with special emphasis, the European framework of the last few years. It is affirmed that human rights’ international law must prevail, in a tight sense, facing any external interference of lower rank, like free commerce agreements which, when entering in contradiction with those first rights, must be nullified.

**Keywords:** Free commerce agreements, economic liberalization, human rights, international arbitration, Criminal law.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Paradoja normativa. 3. La cesión del Estado social y democrático de derecho a favor de las empresas transnacionales 4. Respuesta europea regional internacional. 5. Alternativa: inversión de prioridades.

Rec: 15/09/2018 | Fav: 22/09/2018

## 1. Introducción

La desregularización de ámbitos que se sustraen al control político producto de la globalización es parcial, puesto que, como afirmaba a principios de siglo Terradillos Basoco, existe una doble tendencia político-criminal: por una parte, se da una desregularización con el objetivo principal de propiciar la ampliación de los espacios del poder ligados al capital privado, con una práctica inhibición frente a la explotación o la discriminación de los extranjeros, pero por la otra, se procura una rígida intervención cuando se trata de asegurar la *pax publica* requerida por ese mismo mercado “sin los resultados del cotejo de los medios empleados para la obtención de esa *pax* con los exigidos por la dignidad”.<sup>1</sup> Cuando la exclusión social tiene una raíz global, producto de la lógica económica global guiada por la búsqueda de los beneficios, el peso de la dignidad de los individuos disminuye hasta la pérdida de derechos. Los derechos humanos y la mundialización se encuentran en una situación cada vez más compleja y contradictoria. Por ello, Terradillos Basoco marcaba el camino cuando señalaba que era necesario indagar las causas en cuya virtud se adoptan estrategias aptas para la tutela de valores que el mercado pretende imponer universalmente, mientras no se logra la misma eficiencia en la tutela de valores que, como los inherentes al ejercicio de los derechos humanos, son universales por definición.<sup>2</sup>

## 2. Paradoja normativa

La globalización económica, cuyos principales actores son las empresas transnacionales, que cuentan con el poder económico, político, cultural y jurídico, a través de los acuerdos de libre comercio, han desarrollado una *Lex Mercatoria*, caracterizada por la extraterritorialización de la regulación del comercio, que representa un derecho corporativo global, imperativo, coercitivo y ejecutivo a través de la existencia de tribunales arbitrales internacionales y la efectividad de sus laudos. Sin embargo, el derecho internacional de los derechos humanos, en un lenguaje de *soft-law* es frágil, limitado a Estados, con escasas instancias de control y seguimiento. Los derechos humanos y sociales se mantienen en el ámbito nacional como la fórmula más eficaz de la tutela de los mismos, eso sí, bajo las políticas neoliberales.

Los acuerdos de libre comercio, como los apadrinados por la Organización Mundial del Comercio (OMC), “buscan no solo bajar las barreras aduaneras, sino también reducir las barreras conocidas como ‘no arancelarias’: cuotas, trámites administrativos o normas sanitarias, técnicas y sociales”.<sup>3</sup> Se trata de proporcionar herramientas jurídicas a los inversores para eliminar cualquier obstáculo reglamentario o legislativo que un Estado pueda interponer en el camino del libre comercio, por tanto, garantizan a las empresas transnacionales el libre movimiento de bienes y servicios contra todo tipo de barreras y regulaciones. Los acuerdos no solo desregularizan los flujos de bienes, sino las inversiones, la propiedad intelectual y los servicios. Su lógica de libre comercio subordina al mercado las políticas nacionales, condicionando y

<sup>1</sup> Vid. Terradillos Basoco, J., “El derecho de la globalización luces y sombras”, en *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 209; el mismo “El Estado y los conflictos sociales: la función del sistema penal”, en *Revista de Derecho Social*, n° 9, 2000, p. 29.

<sup>2</sup> Terradillos Basoco, J., “Sistema penal y criminalidad internacional”, en *SERTA. In memoriam Alexandra Baratta* (ed. Pérez Álvarez), Universidad de Salamanca, 2004, p. 753.

<sup>3</sup> Jennar/Lambert, “La globalización feliz”, *TTIP, NAFTA, TISA ...Una OTAN de la economía*, en *Punto de vista* n°8, Le Monde Diplomatique, p. 12.

determinando las políticas nacionales desde una total asimetría.

En esta época, de crisis han proliferado los acuerdos de libre comercio,<sup>4</sup> que formalmente se organizan globalmente en tres tipos de disposiciones: el acceso al mercado se trata sobre todo de la eliminación de aduanas, liberalización de servicios y apertura de mercados públicos; a las normas y reglamentos técnicos que definen las preferencias colectivas respectivas de las partes negociantes; y las ligadas al funcionamiento y a las reglas que rigen el acuerdo y su interacción con otros instrumentos jurídicos internacionales. Aunque se caracterizan, también, por una ausencia de regulación de los derechos sociales, medioambientales y el derecho al desarrollo en el ámbito multilateral y tienen como principios rectores: la igualdad en el tratamiento a las empresas extranjeras y las nacionales; la voluntad de las partes de dar trato justo y equitativo al capital extranjero frente a la capacidad de regulación del Estado receptor; la seguridad de la inversión; y la libertad de la empresa de transferir su capital y crear paneles privados (arbitraje) para resolver disputas relacionadas con la aplicación de los acuerdos.

### 3. La cesión del Estado social y democrático de derecho a favor de las empresas transnacionales

Un 90% del total de estos acuerdos contiene algún tipo de mecanismo de gestión de controversias entre los inversores y los Estados. Se trata de un sistema que permite a los inversores extranjeros demandar a un Estado ante un tribunal privado de arbitraje y eludir el sistema judicial estatal. Esta crisis del monopolio estatal en la creación jurídica, esta desregulación en los hechos del ámbito comercial internacional, arrastra consigo la crisis del monopolio estatal en la aplicación del derecho a favor de un justicia informal que se confía a

mecanismos extraestatales o extrajudiciales de resolución de conflictos,<sup>5</sup> como es el caso de los arbitrajes privados o la creación estatal de sedes extrajudiciales de resolución de conflictos. La cantidad de reglas impuestas por el mercado y por los grandes estudios de abogacía, han creado un verdadero *juristenrechts*, completamente sustraído de los controles estatales, pero vinculante en los negocios. Por ejemplo, en el caso Chevron (EE. UU) vs. Ecuador, después de años de conflicto en los tribunales nacionales ecuatorianos, pueblos indígenas y campesinos ganaron una victoria histórica sobre Chevron. La sentencia del tribunal condenaba a la empresa a pagar 18,000 millones de dólares para limpiar la contaminación de suelos y agua debido a sus operaciones. Chevron recurrió entonces al mecanismo inversores-Estados del Tratado Bilateral de Inversión EEUU-Ecuador para anular la sentencia nacional y evitar así su cumplimiento.

El grupo de arbitraje privado internacional que dirime las controversias son instancias especializadas, entre ellas se encuentra el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que arbitra la mayoría de los casos, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el Tribunal Permanente de La Haya, ciertas cámaras de comercio, etc. La OMC establece un Sistema de Solución de Diferencias (SSD), cuyo núcleo central reside en que todo miembro pueda reclamar a otro por medio del mismo y conseguir que se establezcan los términos de la solución de la diferencia. La visión jurídico-formal se sustenta en la necesidad de dotar de plena seguridad jurídica a las inversiones realizadas por las empresas transnacionales frente a la soberanía de los Estados receptores. Las características fundamentales del mecanismo inversores-Estados, en su configuración habitual, según Krajewski,<sup>6</sup> serían las siguientes: ausencia de intervención del Estado de origen del inversor, que

<sup>4</sup> Existen acuerdos internacionales, regionales y bilaterales. Según los datos de la Organización Mundial del Comercio, a fecha de 1 de febrero de 2016, existían 625 tratados de libre comercio regionales ratificados, de los cuales 406 están en vigor (13 más que en la misma fecha de 2015) y muchos siguen en fase de negociación. En la actualidad, algunos de ellos paralizados por una administración estadounidense que enarbola en estos momentos la bandera del proteccionismo y nacionalismo. Además de estos tratados, y según los datos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), en la actualidad están vigentes 2278 tratados bilaterales de inversión. *Vid* <http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx>

<sup>5</sup> Terradillos Basoco, J., "Globalización, administratización y expansión del Derecho penal económico" en *Temas de Derecho penal Económico, III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho penal económico* (coord. Terradillos/Acale), Trotta, 2004, p. 223.

<sup>6</sup> Krajewski, M., "Public Services Exemptions in EU free Trade and Investment Agreements", en *Services of General Interest Beyond the Single Market: External and International Law Dimensions*, Springer, 2015, pp. 243 y ss., el mismo, "Protecting the Human Right to Water Through the Regulation of Multinational Enterprises", en Julien Chaisse (ed), *The Regulation of Global Water Services Mar-*

no tiene que autorizar o apoyar la demanda contra el Estado de recepción; libre elección del inversor entre demandar al Estado por el procedimiento judicial ordinario, como debe hacer cualquier empresa nacional, o acudir directamente al tribunal de arbitraje internacional; reconocimiento de un acceso exclusivo a los inversores extranjeros, que excluye a las empresas nacionales; falta de recursos o de procedimientos de revisión de las decisiones adoptadas por los árbitros; composición *ad hoc* de los tribunales de arbitraje para cada caso; confidencialidad del proceso y de los resultados; extensión del impacto del mecanismo más allá del tradicional control de las expropiaciones o nacionalizaciones y su afectación, también, sobre el conjunto de decisiones o normas que puedan adoptar los poderes públicos.

Hace 60 años aproximadamente que las empresas privadas pueden litigar contra los Estados. Durante mucho tiempo, este procedimiento fue poco utilizado. De los cerca de 550 procesos contabilizados en todo el mundo desde los años 50, el 80% se iniciaron entre 2003 y 2012, de las cuales el 24% procedían de compañías estadounidenses, les siguen países como Alemania, Canadá, Reino Unido y Países Bajos.<sup>7</sup> En los últimos tiempos, este crecimiento espectacular va acompañado de un cambio de tendencia. Hasta hoy, lo dominante era que empresas del norte reclamaran a Estados del sur. Tres cuartas partes de las demandas solventadas o en curso, ante un mecanismo de solución de controversias inversor-Estado, se han presentado contra países en desarrollo<sup>8</sup> o contra economías emergentes (Argentina, Ecuador, Venezuela, Chipre y Grecia destacan por ser habitualmente demandadas). Muchos de estos conflictos han enfrentado a empresas con las políticas estatales para combatir las crisis económicas, por ejemplo, cuando Argentina congeló las tarifas de los servicios públicos (energía, agua, etc.) y devaluó la moneda para responder a la crisis financiera que azotó al país en 2001-2002, se vio sorprendida por más de 40 demandas de inversores. En enero de 2014, el país había sido condenado a pagar un total de 980 millones de dólares en concepto de indemnización. Entre los demandantes se encontraban

varias multinacionales de la Unión Europea (UE) como Suez y Vivendi (Francia), Anglian Water (Reino Unido) y Aguas de Barcelona (España). Egipto se halla, desde hace tres años, en el punto de mira de los inversores ya que pasó a ser, en 2013, el principal destinatario de las demandas de las multinacionales.

No obstante, la utilización del arbitraje privado internacional está evolucionando hacia el norte. Concretamente, 117 de los casos conocidos han sido originados por demandas contra un Estado miembro de la UE y un cuarto de los mismos contra la República Checa (88 de estos casos han sido demandas interpuestas por un inversor de otro Estado miembro). Tan solo 9 casos son de ámbito transatlántico, es decir, dirimen una controversia entre Estados Unidos y un Estado de la UE, y todos ellos fueron iniciados por inversores estadounidenses.

Se trata de uno de los sistemas jurisdiccionales más perfeccionados, los laudos arbitrales resultantes tienen plena eficacia y tienen en común que las empresas transnacionales son beneficiarias directas, mientras que los derechos humanos, laborales fundamentales y medioambientales quedan sometidos al libre comercio. Estas demandas se han usado para amenazar las políticas estatales en campos tan diversos como la energía verde (*Vattenfall vs. Alemania*, *Lone Pine (EEUU vs. Canadá)*, las políticas farmacéuticas (*Eli Lilly vs. Canadá*), la legislación anti-tabaco (*Philip Morris vs. Uruguay y Australia*), las prohibiciones de agentes químicos peligrosos, restricciones medioambientales sobre la minería (*Occidental (EEUU) vs. Ecuador*; *Pacific Rim Mining Corp. (Canadá) vs. El Salvador*; *Befesa-Abengoa vs. México*; *Gold vs. Costa Rica*), derechos laborales (*Veolia vs. Egipto*), medidas para mejorar la situación económica de las minorías (*Grupo inversor italiano vs. Sudáfrica*, aunque en este caso fue a favor de la mayoría), medidas tributarias y políticas fiscales.

Las previsiones específicas de sus resoluciones limitan los poderes de los Estados sobre las compañías extranjeras que están operando en sus países y ceden el poder político y judicial a favor de estas últimas. Esto crea una seria barrera al deber del Estado

*kets*, *Forthcoming*, 2015, *Vid.*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2675369](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2675369)

<sup>7</sup> Breville/Bulard, "Tribunales para atacar a los Estados" en *TTIP, NAFTA, TISA ... Una OTAN de la economía*, en *Punto de vista* n°8, *Le Monde Diplomatique*, pp. 10 y ss.

<sup>8</sup> Casi dos terceras partes de todas las controversias inversor-Estado conocidas en el mundo han sido iniciadas por inversores de la UE y de Canadá.

de legislar en el interés de sus ciudadanos y frena la posibilidad de introducir medidas que restrinjan el poder de las empresas en aras del interés público. Las controversias en el libre mercado eluden los mecanismos judiciales existentes, sustituyéndolos por mecanismos de solución de controversias secretos y sin ninguna rendición de cuentas. En el caso europeo, también violan la jurisdicción exclusiva del Tribunal de Justicia Europeo, por lo que se puede considerar que son incompatibles con los Tratados de la Unión Europea. Se trata de un mecanismo que solo funciona en un sentido, injusto para los Estados, ya que solamente los inversores pueden iniciar demandas en sus propios términos; los Estados solo pueden hacer contra-demandas. La forma de selección de los árbitros, al ser realizada tanto por los Estados como por la parte inversora, puede poner en entredicho la independencia y la imparcialidad en el fallo dentro de un procedimiento arbitral. Otro inconveniente es la confidencialidad u opacidad de los fallos y el no seguimiento de precedentes. Esto hace que el procedimiento no siga parámetros que brinden seguridad jurídica y transparencia.

Además, el sistema solo cubre actividades comerciales, las demandas relativas a derechos humanos, laborales, sociales y medioambientales están excluidas. Se otorgan derechos excesivos a los inversores, sin el derecho equivalente de acudir a ningún tribunal internacional para los ciudadanos o las comunidades dañadas o engañadas por los proyectos y productos de los inversores. Desde un punto de vista económico, este sistema extrajudicial duplica los eslabones de las autoridades judiciales y añade carga extra a los presupuestos públicos de los Estados, que necesitan sufragar su propia defensa incluso si ganan el caso. Los costos del proceso son desorbitados. En el caso de que los Estados ganen los juicios, deben pagar los costes judiciales y diversas comisiones que ascienden a una media de 8 millones de dólares por caso, despilfarrados en detrimento de los ciudadanos. Los árbitros (en un 96%

hombres), provienen principalmente de grandes bufetes de abogados europeos o estadounidenses.<sup>9</sup>

Podemos constatar que la globalización es un fenómeno que oculta a la empresa transnacional como autor global que sustrae a todo control jurídico y, en lugar de someter su poder a control, de tal manera que cuando se abuse de él se pueda exigir responsabilidad a través del derecho penal, la responsabilidad de la persona jurídica, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, es muy limitada. Por el contrario, la modalidad premial se instituye en el derecho penal para convencer a quienes se ajusten al nuevo modelo. Es el beneficio por el conformismo.<sup>10</sup> Encontrándonos así ante una justicia a la medida y a la carta para los detentadores de los poderes económicos y una justicia de masas para los consumidores ordinarios, en el que el sistema penal asume un papel residual, representado por una justicia togada, popular por gratuita, pero lenta y no especializada, prácticamente reservada para los menesterosos.<sup>11</sup>

Parece evidente que la vinculación de la defensa de la seguridad jurídica en las inversiones con los tribunales arbitrales, lejos de ser una garantía esencial del derecho, es un eslabón más de la dominación de las multinacionales. El resultado es una asimetría entre el derecho corporativo global y el derecho internacional de los derechos humanos,<sup>12</sup> en lugar de la instauración de mecanismos eficaces para el seguimiento y evaluación de los impactos generados por las grandes corporaciones y la necesidad de establecer propuestas alternativas concretas para controlar las prácticas de las compañías multinacionales.

#### 4. Respuesta europea regional institucional

Con el fin de neutralizar la oposición ejercida por determinados partidos políticos que se han alzado en el seno de la UE, se establecieron los denominados “acuerdos de libre comercio de nueva generación”, cuyo “caballo de Troya”<sup>13</sup> es el Acuerdo Económico

<sup>9</sup> Breville/Bulard, “Tribunales para atacar a los Estados” en *TTIP, NAFTA, TISA ...Una OTAN de la economía*, en *Punto de vista* nº8, Le Monde Diplomatique, pp. 10 y ss.

<sup>10</sup> Juárez Tavares, “Globalización, Derecho penal y seguridad pública”, en *Derecho penal y política transnacional* (coords. Bacigalupo/Cancio Meliá), Atelier, 2005, p. 315.

<sup>11</sup> Terradillos Basoco, J., “Sistema penal y criminalidad internacional”, *op. cit.*, p. 756.

<sup>12</sup> *Vid* ampliamente, Hernández Zubizarreta, J., *Las empresas transnacionales frente a los Derechos Humanos: una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*, Hegoa, 2009. En [http://biblioteca2012.hegoa.efaber.net/system/ebooks/17501/original/Empresas\\_transnacionales\\_frente\\_a\\_los\\_derechos\\_humanos.pdf](http://biblioteca2012.hegoa.efaber.net/system/ebooks/17501/original/Empresas_transnacionales_frente_a_los_derechos_humanos.pdf)

<sup>13</sup> El 80% de las empresas de EE. UU. operan en Canadá y, por tanto, podrán utilizar el Tratado para proteger y defender sus intereses.

y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (CETA). Las negociaciones se llevaron a cabo por EE.UU. y Canadá entre 2009 y 2016, está aprobado pero pendiente de ratificación todavía por algunos países de la UE, a pesar de ello, ha comenzado a funcionar en septiembre de este año. El mandato de negociación del CETA data de abril de 2009 y no se desclasificó hasta la Decisión del Consejo de Asuntos Exteriores de 15 de diciembre de 2015. Hubo una total opacidad en las negociaciones, aunque los *lobbies* han sido escuchados y han tenido un acceso a las negociaciones sin parangón, al contrario, ha permanecido con carácter reservado a los ciudadanos y a los medios de comunicación. Previamente, en octubre de 2015, se filtraron una serie de documentos que señalaban las distintas reformas de este mandato, en 2010 y 2011, donde se añadió el ISDS, mecanismo de resolución de controversias inversor-Estado, como una parte indispensable del tratado.

El 29 de febrero de 2016, las dos partes del acuerdo anunciaron la finalización de la revisión jurídica con la introducción de una modificación en el apartado de protección de la inversión extranjera y en concreto en el mecanismo establecido para ello. La justificación oficial del acuerdo ha sido la creación del vasto mercado transatlántico por la supresión de barreras a las importaciones. Utilizan diferentes estudios que muestran toda una progresión de los negocios y, por tanto, la posibilidad de crear millones de empleos. El acuerdo CETA regula entre otros temas: la reducción de las tasas aduaneras que aún existen, supresión en materia agrícola; armonización del máximo de normativas y procedimientos ligados al comercio; apertura de mercados públicos a las empresas de la otra parte, transparencia, ningún favoritismo respecto a las empresas del Estado; liberalización de servicios; refuerzo de la protección de inversores, sin tener ningún problema de demandas sobre la compra obligatoria de componentes locales o de imposibilidad de repatriación de beneficios; endurecimiento de los derechos de propiedad intelectual, entre ellos las “denominaciones de origen”; inclusión de “garantías” en materia de desarrollo sostenible y de derechos sociales; liberalización del comercio de la energía e inserción de disposiciones específicas para las Pymes.

Los principales avances que supone el CETA son, por una parte, la creación de un tribunal semipermanente (art. 8.27) encargado de resolver las disputas

referentes a inversiones junto con un tribunal de apelación (art. 8.28.3, art. 8.28.5 y 8.28.7). Se trata de un “nuevo y transparente sistema para resolver disputas entre inversores y Estados”, que pasa a llamarse Investment Court System (ICS). Con el fin de darle más legitimidad, coherencia y, en cierta forma, unidad de doctrina a las decisiones que se tomen. Las principales modificaciones son las siguientes: sustitución, al menos nominal, de los árbitros por jueces “totalmente cualificados”; introducción de mecanismos para asegurar la transparencia en las decisiones e inclusión de una doble instancia que permita la apelación de las resoluciones de manera que el mecanismo de resolución quedaría conformado por el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Apelación. El problema es que este tribunal crea un sistema paralelo de justicia en sistemas judiciales estatales relativamente eficientes, competentes e imparciales.

El ICS sigue orientándose al establecimiento de una vía paralela y privilegiada para que los inversores extranjeros protejan sus inversiones, eludiendo la normativa estatal y los tribunales nacionales. Por tanto, ofrecen acceso a los mercados y altos niveles de protección a los inversores extranjeros, socavando gravemente el espacio normativo interno. También impiden que se limiten los flujos de capitales que entran y salen de un país, lo cual significa que los Gobiernos pueden perder el control de su propia economía.

Por la otra, el CETA posee un capítulo dedicado al desarrollo sostenible, en el que en un lenguaje de *soft-law*, la UE y Canadá han acordado la promoción del desarrollo sostenible a través de distintos medios voluntarios, como el *eco-labelling* y el comercio justo, o de las directrices de la OCDE sobre empresas multilaterales. También el CETA incluye un capítulo dedicado a incorporar las referencias a estándares laborales internacionales, fundamentalmente la Declaración de 1998 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el que las partes se reafirman en sus compromisos con relación a las cuatro convenciones más importantes de la OIT y al Programa de Trabajo Decente y la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa.

Respecto del medio ambiente, establece el compromiso de las partes para aplicar de modo efectivo los tratados multilaterales que hayan concluido en la materia, sin hacer expresa mención de ninguno por contraposición a lo estipulado en otros Acuerdos de Libre

Comercio (ALC). Tanto para los derechos sociales como para el medio ambiente se prevé la creación de un órgano sobre comercio y desarrollo sostenible encargado de verificar la aplicación de estas previsiones. No se han previsto sanciones económicas en caso de incumplimiento de estas disposiciones, aunque Canadá normalmente suele prever en sus ALC consecuencias económicas en el supuesto de infracción en estas materias. Por último, el CETA recoge una cláusula de protección de los derechos humanos en el preámbulo del acuerdo, con mención específica a la Declaración Universal de Derechos Humanos, tal y como se ha hecho en anteriores ALC. Esta previsión parece responder a la intención de mantener un precedente, más que al temor de que Canadá no cumpla con la obligación de respetar los derechos humanos.<sup>14</sup>

El CETA, como todos los tratados comerciales recientes, reduce el espacio destinado a las políticas públicas y multiplica los obstáculos para los Gobiernos que luchan por suministrar servicios o legislar en pro del interés general. A pesar de las mejoras introducidas en las disposiciones relativas a la relación entre inversores y Estados, estas son insuficientes, puesto que el procedimiento para la designación de jueces del ICS no cumple con los requisitos internacionales para la independencia de los tribunales y los cambios aún plantean la cuestión de por qué se necesita un sistema ICS o ISDS entre países que cuentan con sistemas judiciales plenamente desarrollados y eficaces. Si bien el problema principal es valorar las consecuencias negativas sobre el empleo y los derechos laborales que se derivan del resto del contenido de los tratados de comercio de nueva generación.<sup>15</sup> Los estudios no tienen en cuenta que la armonización de las regulaciones y leyes conllevan, a corto y largo plazos, una serie de costos sociales. Más importante todavía, la eliminación de las barreras no arancelarias resultará en una pérdida potencial de bienestar para la sociedad, incluso, puede amenazar los objetivos de las

políticas públicas. También incluye a sectores sensibles como la alimentación y las bebidas, los químicos, las medicinas, los cosméticos y el automotriz.

La estrategia comercial persigue facilitar y abaratar la comercialización de bienes, así como fomentar la licitación pública y la externalización de servicios, sin restricciones sobre la propiedad ni limitaciones sobre el movimiento de capitales. Esto permite a las compañías transnacionales *dumping* social. De este modo, las actuales normas de comercio e inversión ponen a los trabajadores y a las trabajadoras en situación de competencia directa entre sí, independientemente de donde se encuentren, y obliga a los Gobiernos a participar en una carrera a la baja en materia de derechos laborales y políticas fiscales con el objetivo de atraer inversiones. Por ende, cualquier reforma futura encaminada a mejorar las condiciones de empleo podrá ser objeto de demandas de indemnización por parte de las corporaciones. En suma, mantenimiento de condiciones poco favorables para los asalariados: remuneración básica, precariedad y flexibilidad del trabajo e intensificación de las tareas.

A estas alturas existen evidencias de que el sistema alimentario globalizado está fallando para los agricultores, nuestra salud y el ambiente. La producción en masa de alimentos no ha conseguido eliminar el hambre para millones de personas y hace que los medios de vida de las comunidades agrícolas sean insostenibles. El principio de precaución en pro de la seguridad alimentaria se elimina. Impulsan el crecimiento de los sectores industriales de alto consumo energético y la expansión de la agricultura intensiva, actividades que entrañan altos niveles de carbono y que fomentan cada vez más emisiones de carbono por su dependencia de los combustibles fósiles. Estas actividades contribuyen a la implacable destrucción de los bosques y los mares que regulan el clima y al propio cambio climático. En este sentido, la actual política comercial persigue limitar el espacio normativo de los distintos países para

<sup>14</sup> Vid más ampliamente, Segura Serrano, A., "El acuerdo de libre comercio entre la UE y Canadá (CETA): una evaluación de la política comercial de la UE", en *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, 2015, n° 30, consultado en <http://www.reei.org/index.php/revista/num30/notas/acuerdo-libre-comercio-entre-ue-canada-ceta-una-evaluacion-politica-comercial-ue>

<sup>15</sup> Las experiencias anteriores, concretamente la del NAFTA han demostrado que las consecuencias de la liberalización regional del comercio han sido contrarias a las prometidas: incremento de la desigualdad, aumento de los beneficios de las élites acomodadas, estancamiento de los salarios, crecimiento del desempleo, *dumping* social, declive de la protección social y violación de los derechos de las organizaciones de trabajadores y de su capacidad de negociación colectiva. Y no solo el NAFTA ha provocado estos efectos: otros tratados suscritos por EE. UU. con países como Colombia, Guatemala, Honduras, México, Bahrein o Jordania han producido un efecto negativo sobre los derechos laborales y sociales. En este sentido, vid Guamán Hernández, A., *TTIP: el asalto de las multinacionales a la democracia*, Ediciones AKAL, 2015.

regular el comercio y amparar los mercados locales, normas que son necesarias para proteger los medios de vida de sectores vulnerables de la sociedad y para hacer valer derechos económicos, sociales y culturales. El sector de los servicios financieros —que canaliza fondos para el comercio, la inversión extranjera directa y el conjunto de la sociedad— ha orientado muchos beneficios hacia sí mismo. Como sector, ha logrado convencer que se deben restringir, incluso en el futuro, todas las regulaciones y los controles que se les puedan imponer, lo cual genera ataques sistemáticos y generalizados contra la comunidad.

En la actualidad asistimos al desmantelamiento de los servicios públicos esenciales como la distribución de energía y agua, la educación, la salud y los servicios sociales deben protegerse de la ofensiva de intereses comerciales y de las reglas del mercado para promover los intereses estratégicos nacionales y locales (por ejemplo, porque los contratos públicos pueden ayudar a desarrollar a las empresas locales). Los derechos de autor, las patentes, las marcas comerciales y otras formas de lo que se conoce como “propiedad intelectual”, pueden obstaculizar la innovación por parte de los competidores y fijar precios de monopolio que perjudican el acceso a bienes esenciales del conocimiento, como los medicamentos. El Acuerdo Comercial Anti-falsificación (ACTA) puede ser un ataque a las libertades civiles, pues contempla obligar a los proveedores de internet a controlar la actividad en la red e informar sobre personas sospechosas de infringir las disposiciones sobre derechos de autor. También daría a las corporaciones un mayor acceso sobre la información ciudadana (a expensas del derecho civil a la privacidad), con un impacto negativo importante sobre la libertad de expresión (ya que el control de los datos que fluyen en internet debilitan la libertad digital).

Con estas mimbres no es de extrañar que la United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD),<sup>16</sup> en un informe de junio de 2015, haya puesto de manifiesto la necesidad de ahondar en

mecanismos que den la libertad de regular a los Estados con el propósito de satisfacer el interés general, ya que muchas veces los ALC imponen límites que restringen el quehacer de los poderes públicos, lo cual afecta, de manera grave, la formulación de políticas públicas necesarias para la satisfacción de los derechos, principalmente los de carácter social. Por su parte, un grupo de relatores especiales y expertos independientes de la ONU emitieron una declaración expresando su preocupación por el impacto respecto de los derechos humanos de los acuerdos de libre comercio e inversión, específicamente sobre el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP) y el Acuerdo Transatlántico de Comercio e Inversiones (TTIP),<sup>17</sup> en relación con los derechos a la vida, la comida, el agua, la salud, la vivienda, la educación, la ciencia y la cultura, los estándares de trabajo, la judicatura independiente, un medio ambiente limpio, y el derecho a no ser desplazado forzosamente.<sup>18</sup> Estos acuerdos, aunque la negociación del TTIP en la actualidad está paralizada, plantean el reto de acabar con la fuerte asimetría existente entre las garantías y efectividad jurídica del Derecho Internacional de los derechos humanos y del trabajo, el medio ambiente frente al sistema de solución de diferencias de la OMC o los sistemas de arbitraje previstos en los acuerdos regionales o bilaterales de comercio e inversiones.

## 5. Alternativa: inversión de prioridades

Sobre la base de la necesidad de refundar los textos que componen los cuerpos normativos de los derechos humanos, se requiere un nuevo proceso constituyente que tutele nuevos derechos relacionados con la paz, la solidaridad, la naturaleza, la soberanía alimentaria, la democracia y el Estado, las migraciones internacionales, la salud sexual y la salud reproductiva de las mujeres, los pueblos originarios y los derechos de las minorías.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> United Nations Conference on Trade and Development, *analysis*, The Political Economy of the Trans-Pacific Partnership Exploring new trade frontiers, 2016, [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webditc2016d3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webditc2016d3_en.pdf)

<sup>17</sup> <http://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16031&LangID=E>

<sup>18</sup> La declaración hacía referencia expresa a los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (“Principios de Ruggie”) de 2011, [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_SP.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf) que se refiere a las obligaciones de derechos humanos de las empresas e insta a los Estados a asegurar un marco normativo que así lo permita en tratados de comercio e inversión.

<sup>19</sup> Propuesta Tratado de los Pueblos para el Control de las empresas Transnacionales, <http://omal.info/spip.php?article6438>

El punto de partida es que el derecho internacional de los derechos humanos —incluido el derecho internacional del trabajo y el derecho internacional ambiental— son jerárquicamente superiores a las normas de comercio e inversiones, nacionales e internacionales, por su carácter imperativo y como obligaciones *erga omnes*, es decir, de toda la comunidad internacional y para toda la comunidad internacional. Si los acuerdos de libre comercio e inversión priorizan los privilegios y ganancias de los inversionistas y de las empresas transnacionales frente al derecho internacional de los derechos humanos, la consecuencia jurídica debería ser la nulidad de los acuerdos de libre comercio e inversión, que deviene de invocar la preeminencia de una norma jerárquicamente superior.

Al menos dada la asimetría entre el derecho corporativo global y el derecho internacional, de los derechos humanos, que genera una arquitectura de la impunidad que favorece a las empresas transnacionales, se trata de construir la arquitectura de los derechos humanos a favor de las mayorías sociales. En esta línea, es necesario contar con contrapesos suficientes y mecanismos efectivos para el control de sus impactos sociales, laborales, culturales y ambientales de los acuerdos comerciales y de protección de inversiones, las normas en la OMC, el FMI y el Banco Mundial, los tribunales internacionales de arbitraje y los mecanismos de resolución de disputas inversor-Estado.<sup>20</sup>

Con este fin deberían crearse sistemas de control de las empresas transnacionales mediante el perfeccionamiento de los sistemas nacionales. Los Estados deben garantizar el cumplimiento del derecho internacional, de los derechos humanos, en su ámbito jurisdiccional y la tutela judicial efectiva de las personas ante las ETN. Esto solo sucede cuando en los ordenamientos jurídicos se establece la responsabilidad civil y criminal por los crímenes e infracciones cometidas por las ETN —o por complicidad, colaboración, inducción y encubrimiento—, así como por sus directores, gerentes y los integrantes de los órganos —unipersonales o colegiados— que toman las decisiones. Siguiendo el principio de doble imputación, tanto la entidad legal como los individuos que

realizaron la acción incriminadora pueden ser procesados por las violaciones por las que sean responsables.

Los principios jurídicos vinculados a las normas de libre comercio e inversión —trato nacional, nación más favorecida, trato más favorable, trato justo y equitativo, el concepto de inversión, el concepto de expropiación indirecta, la limitación a exigirles requisitos de desempeño, la protección retroactiva del tratado, la libre disponibilidad de divisas, la cláusula paraguas, las cláusulas de estabilización y la cláusula de sobrevivencia posterior a su denuncia, etc.— deben subordinarse a las normas nacionales del Estado receptor y a las normas internacionales de derechos humanos. En esta línea, sobre la necesidad de establecer propuestas alternativas concretas para controlar las prácticas de las compañías multinacionales<sup>21</sup> se estima conveniente la creación de mecanismos eficaces para el seguimiento y evaluación de los impactos generados por las grandes corporaciones.

Como proponen Hernández Zubizarreta/Ramiro,<sup>22</sup> los Estados deberían ser los que aprueben normas internas que regulen la responsabilidad extraterritorial por las prácticas de las empresas transnacionales, sus filiales de hecho o de derecho y sus proveedores, subcontratistas y licenciarios, que permitan a las comunidades afectadas por dichas prácticas efectuar demandas en los tribunales del Estado matriz. En el marco de la jurisdicción universal, debería poder los Estados ejercitar acciones y recibir denuncias relacionadas con los delitos de genocidio, lesa humanidad y otros regulados en el Estatuto de Roma, y llevados a cabo por personas físicas y jurídicas, en sus territorios o extraterritorialmente. También garantizar —con apoyo político y económico— el funcionamiento imparcial, riguroso y eficaz de los tribunales de justicia nacionales y regionales. Las jurisdicciones regionales o internacionales, sería conveniente que tuvieran competencia para actuar de manera complementaria ante el agotamiento de los recursos internos del Estado actuante en cada caso, o ante una excesiva demora en el juzgamiento del mismo.

El aumento global del nivel de bienestar económico, social y ambiental tiene que ser prioritario pese a la

<sup>20</sup> Vid ampliamente, Hernández Zubizarreta/Ramiro, *Contra la lex mercatoria. Propuestas y alternativas para dismantelar el poder de las empresas transnacionales*, Icaria, 2015.

<sup>21</sup> Propuesta Tratado de los Pueblos para el Control de las Empresas Transnacionales, <http://omal.info/spip.php?article6438>

<sup>22</sup> Vid ampliamente, Hernández Zubizarreta/Ramiro, *Contra la lex mercatoria ...*, op. cit.

dificultad de establecer obligaciones precisas y de armonizar en un tratado las diferentes normas implicadas, dado que son temas muy diversos, que responden a lógicas distintas: el derecho laboral, los derechos humanos, el derecho humanitario, el derecho referido al medio ambiente, los derechos de los consumidores, los derechos corporativos. No cabe duda que tiene que existir el reconocimiento de la obligación de las empresas transnacionales de respetar las normas internacionales en materia de derechos humanos y de su responsabilidad civil y penal, en el caso de incurrir en violaciones a los mismos, la responsabilidad civil y penal de sus dirigentes, la primacía de los derechos humanos y del interés público sobre el interés económico. Las disputas inversor-Estado al someterse a la decisión de órganos arbitrales, implican un menoscabo de la soberanía de los Estados, los derechos de las personas y los pueblos, por lo que también deberían derogarse los paneles arbitrales internacionales.

La dificultad no debe ser una imposibilidad cuando se trata de las conductas más graves, que serían las que se dirimirían ante una Corte mundial sobre corporaciones transnacionales y derechos humanos, que complemente los mecanismos universales, regionales y nacionales, garantice que las personas y comunidades afectadas tengan acceso a una instancia judicial internacional independiente para la obtención de justicia por violaciones de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos, culturales y medioambientales, y sea la encargada de aceptar, investigar y juzgar las denuncias interpuestas contra las empresas transnacionales por violaciones de derechos humanos y por la responsabilidad civil y penal de crímenes económicos, corporativos y ecológicos internacionales.<sup>23</sup>

La Corte mundial sobre corporaciones transnacionales y derechos humanos dispondrá de una organización y funcionamiento autónomo y totalmente independiente respecto a los órganos ejecutivos de las Naciones Unidas y de los respectivos Estados. Las sanciones contra las personas jurídicas pueden ser, entre otras, la multa, la

difusión pública de la decisión condenatoria, la confiscación del instrumento del delito o de su producto y la disolución. Las sentencias y sanciones de la Corte mundial tendrían que ser ejecutivas y de obligado cumplimiento. También es necesario un centro público para el control de empresas transnacionales encargado de analizar, investigar e inspeccionar las prácticas de las empresas transnacionales.<sup>24</sup>

Respecto a los crímenes internacionales contra la humanidad, se pretende profundizar en los delitos económicos, laborales, financieros y ecológicos como delitos contra la humanidad.<sup>25</sup> Los crímenes internacionales contra la humanidad que podrían extenderse a los delitos económicos, laborales, fiscales y medioambientales que afecten de manera generalizada y sistemática a una comunidad lesionando derechos humanos. Los tipos penales podrían abarcar conductas de explotación de los recursos naturales, la especulación alimentaria, el trabajo infantil. Las violaciones graves y masivas a los derechos económicos, sociales y culturales y los daños graves al medio ambiente, dolosa o imprudentemente, deben tipificarse como crímenes económicos, laborales y ecológicos internacionales.

Las prácticas de las empresas transnacionales —o de aquellas personas que actúen en su nombre—, al igual que de las personas físicas responsables de las mismas, que cometan actos o actúen como cómplices, colaboradores, inductores o encubridores y que violen gravemente los derechos civiles, políticos, sociales, económicos, culturales y medioambientales podrán ser tipificados como crímenes internacionales de carácter económico, corporativo, laboral o ecológico. El elemento internacional se configura cuando la conducta delictiva afecta a los intereses de la seguridad colectiva de la comunidad mundial o viola bienes jurídicos que son derechos humanos de forma sistemática y generalizada.<sup>26</sup>

Los crímenes económicos contra la humanidad englobarían las prácticas de las personas físicas o jurídicas que violen los derechos económicos, sociales

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> Transnational Institute, Construyendo un tratado sobre derechos humanos transnacionales y en la ONU. Avances para detener la impunidad corporativa sobre los derechos humanos. Propuestas de la campaña global para reivindicar la soberanía de los pueblos, desmantelar el poder de las transnacionales y poner fin a la impunidad, 2da Sesión del Oeigwg – Ginebra, 2016. [https://www.tni.org/files/publication-downloads/six-points\\_esp.pdf](https://www.tni.org/files/publication-downloads/six-points_esp.pdf)

<sup>25</sup> Benería/Sarasúa, "Delitos y crímenes económicos contra la humanidad", *Revista de Economía Crítica*, n12, segundo semestre 2011, [http://www.revistaeconomiacritica.org/sites/default/files/revistas/n12/REC12\\_Notas\\_1\\_Beneria\\_sarasua.pdf](http://www.revistaeconomiacritica.org/sites/default/files/revistas/n12/REC12_Notas_1_Beneria_sarasua.pdf)

<sup>26</sup> Propuesta Tratado de los Pueblos para el Control de las Empresas Transnacionales, <http://omal.info/spip.php?article6438>

y culturales regulados en la Carta de Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y demás resoluciones y declaraciones de Naciones Unidas calificadas como *ius cogens* y serán tipificadas como crímenes económicos contra la humanidad, cuando concurren circunstancias acordes con el artículo 2 c de la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio: “Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial”, la destrucción de los grupos políticos y el etnocidio.<sup>27</sup>

En el marco de los crímenes laborales internacionales se podrían incluir las prácticas de las ETN o de las personas que actúen en su nombre que puedan calificarse, entre otros, como esclavitud, trabajo forzoso, explotación laboral, trata de personas, trabajo clandestino y límites a la libertad sindical.

Como crímenes corporativos internacionales se podrían tipificar las prácticas de las ETN o de las personas que actúen en su nombre que puedan calificarse, entre otros, como corrupción, soborno, crimen organizado, malversación de fondos, blanqueo de dinero, fraude fiscal, tráfico de información privilegiada, manipulación de mercados, estafa organizada contra clientes, pequeños accionistas y accionariado público, falsedad de estados financieros. Se podrían tipificar los crímenes financieros internacionales que criminalicen conductas como la realización de operaciones especulativas desgajadas de la economía real que contribuyan a incrementar el precio de productos básicos o a mermar la capacidad económica de los Estados, o bien delitos fiscales internacionales donde se cometa o facilite la evasión fiscal, como la garantía del anonimato de los evasores o la no cooperación con autoridades fiscales.<sup>28</sup>

Con relación a los crímenes ecológicos internacionales, podrían abarcar los conflictos ecológicos distributivos, generados por las prácticas de las personas físicas o jurídicas, incluyen el acaparamiento de tierras y territorios, la privatización y contaminación de fuentes de agua y la destrucción del ciclo hidrológico

integral, el arrasamiento de selvas y biodiversidad, la biopiratería, el cambio climático, la contaminación masiva de los mares o la atmósfera, y el ecocidio, entre otros. La devastación natural se configura a partir de los impactos, la contaminación y el avasallamiento de los territorios. Esto tiene directa relación con los derechos de la naturaleza y a su vez con los derechos humanos y la posibilidad de gozar de un ambiente sano, esta última premisa es fundamental para la garantía de los demás derechos consagrados en las normas nacionales e internacionales.<sup>29</sup>

Por tanto, el marco global de regulación empresas transnacionales y derechos humanos requiere aprobar un tratado internacional exigible, justiciable y codificado, desde una revisión crítica y actualizada del concepto de derechos humanos. También sería preciso crear una Corte mundial sobre corporaciones transnacionales y derechos humanos y un centro público para el control de las empresas transnacionales, que integre de forma sistemática los derechos humanos en sus evaluaciones del impacto sobre la sostenibilidad. Estas evaluaciones se deben efectuar antes de iniciar cualquier negociación, por parte de una institución independiente y contar con una amplia participación de la sociedad civil.

A nivel regional y estatal requiere revisar la política comercial para que esta sea coherente con sus obligaciones internas y extraterritoriales en materia de derechos humanos, tanto propias como de sus Estados miembros, cuyo principio rector debe ser la primacía de los derechos humanos, para ello sería importante ampliar la legalidad internacional a nuevos sujetos y posicionar valores como la jurisdicción universal, extraterritorialidad, la responsabilidad solidaria, la doble imputación. Con la finalidad de asegurarse de que los acuerdos comerciales nunca limiten el espacio normativo de otros países para adoptar las medidas necesarias para hacer valer los derechos humanos. También se debería de integrar de forma sistemática los derechos humanos en sus evaluaciones del impacto sobre la sostenibilidad (EISOS). Las conclusiones de esas evaluaciones se deben publicar y debatirse en

<sup>27</sup> Stop Corporate Impunity, *Ideas y propuestas para avanzar hacia un Tratado Internacional de los Pueblos para el Control de las Empresas Transnacionales. Documento para consulta global*, 2014. <https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2015/02/PeoplesTreaty-ES-dec2014-1.pdf>

<sup>28</sup> *Vid* las campañas y el largo archivo de ATTAC (ESPAÑA), *Justicia fiscal y financiera global*, <https://www.attac.es/category/juifiglo/>

<sup>29</sup> *Vid* ampliamente, Hernández Zubizarreta/Ramiro, *Contra la lex mercatoria ...*, *op. cit.*

## Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de derechos humanos

los parlamentos, y servir de base para formular todo mandato de negociación comercial.<sup>30</sup> Los acuerdos e iniciativas comerciales que se considere que representan una amenaza para los derechos humanos se deben rescindir o revisar drásticamente basándose en el debate público y parlamentario.<sup>31</sup>

Evidentemente, en cada Estado se deben y se pueden hacer políticas proteccionistas, pero que respeten derechos humanos, derechos laborales, el planeta en el que vivimos, una alimentación sana, datos personales, la sanidad y la educación públicas, el derecho al agua, el derecho a una energía no contaminante y asequible, el derecho a la democracia, el derecho a un “trato justo y equitativo” para todas las personas, y no para que unas élites utilicen ese concepto de forma fraudulenta en su propio beneficio. Reivindicar el respeto a los derechos humanos no es antiguo, deberían servir de límite a la *lex mercatoria*, quizás en ello esté la supervivencia de los pueblos y Estados.

Sin embargo, el derecho penal, en la postmodernidad, sabemos desde hace años que desarrolla un derecho neutral que perpetúa las relaciones económicas bajo la apariencia de una igualdad formal que coexiste con la desigualdad de los no-poseedores. Una teoría que se funda en la protección de la propiedad privada, la globalización económica, la liberalización de los mercados y que, como es lógico, necesita de la abstracción del derecho para la conservación de esos intereses a través de un autolegitimación normativa.<sup>32</sup> En este ámbito, el derecho penal, en su función de *ultima ratio*, responde a los requerimientos de la desregularización de comportamientos contaminantes, antisindicales o de explotación, que condiciona el flujo de inversiones. Y, a la inversa, el flujo

de inversiones condiciona las posiciones político-criminales.<sup>33</sup> Convirtiéndose así, el derecho penal en un instrumento ancilar de la política económica, que olvida su vocación de tutela de bienes jurídicos y se limita, en el mejor de los casos, a una inocua función simbólica.<sup>34</sup>

Una vez constatado que la dimensión humanística desaparece por la globalización de la economía<sup>35</sup> no quiero minimizar el reto que planteaba Terradillos Basoco, que es la sustitución del modelo legal propio de los mercaderes,<sup>36</sup> centrado exclusivamente en la protección de los intereses económicos, por otro modelo penal de ambiciosa tutela de bienes jurídicos identificados más con derechos humanos. Desde estas premisas, asistiríamos a un cambio de perspectiva, en la medida en que el flujo de inversiones no condicionaría las opciones político-criminales para proteger los bienes jurídicos que impone la expansión del mercado, sino que primaría la necesidad de orientar cada elección político-criminal, para adecuarla a su intachable demanda de un mundo más justo y solidario. No se trata solo de vigencia de la norma de los derechos humanos y de impunidad, sino también de justicia social. De esta forma, el derecho penal internacional, creando un muro desde la legalidad en el origen del conflicto social, contribuiría a escala mundial a la definitiva consolidación y expansión de la tutela jurídico-penal de los derechos humanos,<sup>37</sup> sustituyendo el inútil muro de papel, como afirma Terradillos Basoco, frente “a una criminalidad real y en expansión”,<sup>38</sup> por una trinchera, que desde la criminología crítica, el garantismo y los derechos humanos, se pueda levantar ese muro, “no sé si de hielo”,<sup>39</sup> pero jurídicamente válido.

<sup>30</sup> Fernández Ortiz de Zárate, G., “Alternativas para dismantlar el poder corporativo Recomendaciones para gobiernos, movimientos y ciudadanía”, *Cuadernos de Trabajo / Lan-Koadernoak*, Hegoa, nº extraordinario, 2016, Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional, [http://publicaciones.hegoa.ehu.es/uploads/pdfs/309/Lan\\_Koadernoak\\_extraordinario.pdf?1488539920](http://publicaciones.hegoa.ehu.es/uploads/pdfs/309/Lan_Koadernoak_extraordinario.pdf?1488539920)

<sup>31</sup> Central American Womens Network, *Por una nueva perspectiva frente al comercio Mandato de Comercio Alternativo*, [http://www.cawn.org/Time\\_for\\_a\\_new\\_vision-ES-JAN14-PRINT.pdf](http://www.cawn.org/Time_for_a_new_vision-ES-JAN14-PRINT.pdf)

<sup>32</sup> Portilla Contreras, G., “Los excesos de formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en *Mutaciones de Levatán. Legitimación de los nuevos modelos penales* (coord. Guillermo Portilla), Universidad internacional de Andalucía/Akal, 2005, p. 57 y s.

<sup>33</sup> Vid Terradillos Basoco J., “El Derecho de la globalización luces y sombras”, *op. cit.*, p. 208

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 210.

<sup>35</sup> Silva Sánchez, J. M., “Crítica a los principios del pretendido Derecho penal europeo, en *Revista de Derecho Comunitario. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, nº 20, 2004, p. 126.

<sup>36</sup> Terradillos Basoco, J. M., “La Constitución para Europa: un reto político-criminal”, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

<sup>37</sup> Terradillos Basoco J., “El Derecho de la globalización luces y sombras”, *op. cit.*, pp. 210 y 211.

<sup>38</sup> Terradillos Basoco, J. M., “La Constitución para Europa: un reto político-criminal”, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

<sup>39</sup> Benioff/ Weiss, *Juego de Tronos* (serie).



Universidad de Huelva  
Universidad de Salamanca  
Universidad Pablo de Olavide  
Universidad de Castilla-La Mancha  
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·  
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES