

Cuaderno crítico n° 7

Asunto: Business y derechos humanos



Una colección del Programa Derechos humanos

Centro Europa - Tercer Mundo
Rue J.-C. Amat 6
CH - 1202 Ginebra
Tel.: +41 (0)22 731 59 63 - Fax: +41 (0)22 731 91 52
Email: cetim@bluewin.ch - Website: www.cetim.ch

Julio 2010

URL: http://cetim.ch/es/publications_cahiers.php

LOS TRATADOS INTERNACIONALES, REGIONALES, SUBREGIONALES Y BILATERALES DE LIBRE COMERCIO

por Alejandro Teitelbaum

Diplomado en Relaciones económicas internacionales en el Instituto de Estudios del Desarrollo Económico y Social de la Universidad de Paris I,
Abogado, Universidad Nacional de Buenos Aires

I. INTRODUCCIÓN

Existe una densa trama de convenios y tratados económicos y financieros -internacionales, regionales, subregionales y bilaterales- que han suplantado los instrumentos básicos del derecho internacional y regional de los derechos humanos, incluido el derecho a un medio ambiente sano y que han subordinado las Constituciones y las legislaciones nacionales destinadas a promover el desarrollo armónico nacional y los derechos humanos, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales.

Esta trama, como consecuencia de la aplicación de las cláusulas de “trato más favorable”, de “trato nacional” y de “nación más favorecida”, que figuran en casi todos los tratados, funciona como un sistema de vasos comunicantes que permite a las políticas neoliberales circular libremente a escala planetaria y penetrar en los Estados, donde desintegran las economías nacionales y generan graves daños sociales.

Todo lo cual comporta la primacía de los intereses del capital sobre los derechos democráticos y humanos de los pueblos. Se consolidan -como régimen jurídico de obligatorio cumplimiento- las políticas de liberalización y privatización. Y se intenta, mediante dichos acuerdos y convenios, que dichas políticas **sean irreversibles.**

Es la consagración de una especie de derecho feudal o corporativo acompañado de un fuerte sistema coercitivo para asegurar su aplicación: multas, presiones y sanciones económicas, diplomáticas y militares.

Para el arreglo de los diferendos entre las partes se han creado “tribunales arbitrales” al margen del sistema judicial de derecho público estatal e internacional, entre los que cabe destacar los que se constituyen en el seno del Centro Internacional para el Arreglo de Controversias Relacionadas con las Inversiones (CIADI, ICSID en inglés), que es un organismo del Banco Mundial¹.

Como se ha dicho, forman parte de este sistema acuerdos internacionales, regionales, subregionales y bilaterales.

A) Los Tratados comerciales internacionales

Son fundamentalmente los celebrados en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC): el Acuerdo relativo a los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio; el Acuerdo relativo a textiles y vestidos; el Acuerdo sobre las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio y el Acuerdo general sobre el comercio de servicios.

B) Los Acuerdos regionales y subregionales

Cabe destacar el Tratado de libre comercio de América del Norte (**TLCAN**, NAFTA por su sigla en inglés) entre Estados Unidos, Canadá y México que rige desde 1994, el **CAFTA** (Central American Free Trade Agreement)² y otras estructuras regionales como la Asociación de Naciones del Este de Asia (**ASEAN** en inglés)³.

La iniciativa de un Área de Libre Comercio de Estados Unidos y Medio Oriente (**MEFTA** en inglés) es un plan para llegar en 2013-2014 a un único tratado de libre comercio entre Estados Unidos y todos los países entre el Sahara Occidental e Irán. Como en el caso del plan para un Tratado EEUU-ASEAN, la idea es ir construyendo el TLC paso a paso desde la base hasta la cúspide. Esto significa presionar a todos los países a cumplir con una serie escalonada de condiciones necesarias: desde hacerse miembros de la OMC, pasando por la firma de un Acuerdo Marco de Comercio e Inversiones (**TIFA** en inglés), hasta llegar a un tratado bilateral de inversiones y/o un TLC. Los países que Estados Unidos tiene en la mira para que se sumen al MEFTA son Argelia, Bahrein, Egipto, Irán, Irak, Israel, Jordania, Kuwait, Líbano, Libia, Marruecos, Omán, Qatar, Arabia Saudita, Siria, Túnez y Yemen.

El proyecto del MEFTA compite directamente con los planes de la Unión Europea en pos de establecer un área de libre comercio con los países del sur del Mediterráneo (European Mediterranean Free Trade Areal – **EMFTA**).

1 En la OMC funciona otro tribunal: el Órgano para la solución de controversias.

2 El CAFTA es el Acuerdo de libre comercio firmado entre Estados Unidos, por un lado y El Salvador, Honduras, Guatemala, Nicaragua y Costa Rica, por el otro. La República Dominicana negoció su ingreso al Acuerdo, que pasó a llamarse CAFTA-RD, y lo ratificó en 2005. Panamá no forma parte del CAFTA y negoció separadamente un tratado comercial con Estados Unidos, que se firmó en julio de 2007. Pero el Congreso de Estados Unidos mantiene paralizada su ratificación.

3 Los gobiernos miembro de la ASEAN negociaron un tratado con Australia y Nueva Zelanda (el AANZFTA) que prevé un mercado regional común para 2015 que involucra todos los sectores, incluyendo bienes, servicios, inversión y propiedad intelectual. El Sindicato Textil de Ropa y Calzado de Australia se opone al acuerdo a causa del impacto de la futura liberalización del comercio en estos sectores productivos y sobre los trabajadores australianos, y los derechos humanos en lo que refiere a Birmania.

La Asociación Europea de Libre Comercio (**EFTA**), integrada por Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza ha firmado tratados bilaterales con Chile (2003), Israel (1992), Jordania (2001), Corea del Sur (2005), el Líbano (2004), México (2000), Marruecos (1997), la Autoridad Palestina (1998), Turquía (1991), Singapur (2002), Túnez (2004), la Unión Aduanera de África del Sur (2006), Egipto (2007), Canadá (2007), el GCC (2008), Colombia (2008) y Perú (2008) y está negociando TLCs con India, Tailandia, Argelia y Pakistán⁴. No siempre todos los Estados miembros de la EFTA aprueban los tratados. Por ejemplo Noruega rechazó el Tratado con Colombia y Suiza lo aprobó.

La Unión Europea ya ha celebrado varios y está negociando otros acuerdos regionales de asociación económica, (*Economic Partnership Agreements-**EPA***), con países de diversas regiones del mundo. La UE, en sus propuestas de acuerdos comerciales, exige a los países del Sur que abran sus mercados a las empresas europeas, amenazando así empleos, industrias y servicios públicos en las naciones más pobres. Por ejemplo los convenios de preferencias comerciales recíprocas en el marco del llamado Pacto de Cotonu, entre la UE y el grupo de 77 países que fueron enclaves coloniales europeos en África, el Caribe y el Pacífico (ACP) eliminarían los aranceles a los productos de importación y facilitarían a los países de la UE la venta de bienes subsidiados.

Dos organizaciones no gubernamentales, Traidcraft de Gran Bretaña y EcoNews Africa, de Kenia, señalaron en un informe titulado: "EPAs through the lens of Kenya" (Los EPA a través de los lentes de Kenia), publicado en setiembre de 2005, que el deteriorado sector manufacturero, la creciente pobreza y el desempleo en países como Kenia deben ser seriamente considerados antes de firmar estos convenios, agregando que la liberalización económica y comercial de los últimos años en ese país africano produjo "situaciones extremas", incluyendo altos índices de criminalidad y de prostitución, deterioro de la educación e incluso suicidios y que el número de personas pobres aumentó de 11 a 17 millones", más de la mitad de la población keniana⁵.

En cuanto a las negociaciones de la Unión Europea con países de América Latina y el Caribe, la Declaración Final de la Cumbre social de los pueblos, "Enlazando Alternativas" realizada en Lima del 13 al 16 de mayo de 2008, decía entre otras cosas:

*"....rechazamos el proyecto de Acuerdos de Asociación propuesto por la Unión Europea y avalado por diversos gobiernos latinoamericanos y caribeños que solo buscan profundizar y perpetuar el actual sistema de dominación que tanto daño a hecho a nuestros pueblos. La estrategia de la Unión Europea 'Europa Global : Competir en el mundo', supone la profundización de las políticas de competitividad y crecimiento económico que buscan implementar la agenda de sus transnacionales y profundizar las políticas neoliberales, incompatibles con el discurso sobre el cambio climático, la reducción de la pobreza y la cohesión social. A pesar de que se pretende velar su naturaleza incorporando temas de cooperación y diálogo político, la esencia de la propuesta es abrir los mercados de capitales, bienes y servicios, proteger la inversión extranjera y reducir la capacidad del Estado de promover el desarrollo económico y social"*⁶.

4 Una amplia información sobre los tratados comerciales puede encontrarse en bilaterals.org.

5 *Reports exposes impact of free trade deals*. <http://www.traidcraft.co.uk/template2.asp?pageID=1867>

6 Ver: <http://www.enlazandoalternativas.org/spip.php?article194>. La Alianza Bolivariana para las Américas (ALBA) es un proyecto para contrarrestar el ALCA, auspiciado por los Estados Unidos. Nacido de acuerdos iniciales forjados entre los gobier-

Para evitar la suerte corrida por el Proyecto de Tratado Constitucional Europeo, que tuvo que ser dejado de lado a causa de su rechazo en los países donde hubo referendos, en un segundo intento todos los Gobiernos evitaron la consulta popular y el Tratado de Lisboa que reemplazó al Proyecto de Tratado Constitucional fue aprobado en todos los países por vía parlamentaria, salvo en Irlanda donde se sometió a referendo porque así lo dispone la Constitución. Rechazado en junio de 2008, fue aprobado en un nuevo referendo en octubre de 2009. De ese modo el Tratado de Lisboa entró en vigor el 1º de diciembre de 2009.

Salvo algunos cambios institucionales positivos (aumento de algunas prerrogativas, más bien formales, del Parlamento Europeo, resguardo en algunos aspectos de las facultades soberanas de los Estados nacionales), el nuevo Tratado no modifica en nada la orientación prevaleciente en el Proyecto de Tratado Constitucional de una normatividad y una práctica de las instituciones europeas poco democráticas y al servicio del gran capital.

C) Los tratados comerciales bilaterales (más de 2000 en vigor en todo el planeta) Estos tratados son pocos visibles para la opinión pública, muchos de ellos han sido celebrados a hurtadillas **y son aun más perjudiciales para los derechos de los pueblos que los tratados internacionales o regionales en vigor o en proyecto.**

Complementan a los tratados comerciales internacionales, regionales y bilaterales **las leyes nacionales sobre inversiones extranjeras**, pues abren las puertas casi sin limitación alguna a los inversores extranjeros, a quienes ofrecen el “trato nacional” y sólo dejan a salvo algunos pocos sectores de la economía, que varían de uno a otro país. En general, no ponen obstáculos ni limitaciones a la remisión de beneficios al exterior. No tratan de asegurar un aporte de tecnología a la economía nacional, ni figuran los llamados “requisitos de desempeño”.

II. LOS DIFERENTES TRATADOS BILATERALES

Los tratados bilaterales comprenden fundamentalmente tratados de promoción y protección de inversiones extranjeras, de libre comercio, de derechos de propiedad intelectual, de cooperación y de ciencia y tecnología.

Estos tratados son el resultado de una táctica de los centros del poder económico-político planetario, particularmente de los Estados Unidos, consistente en negociar uno a uno con gobiernos débiles y/o corruptos propensos a ceder.

En el caso de América Latina y el Caribe, Estados Unidos eligió primero la vía rápida de un sólo tratado continental para someter a todo el continente a sus designios, basándose en el precedente del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, entre Estados Unidos, Canadá y México (NAFTA o TLCAN): es el proyecto de Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA). Este proyecto de acuerdo continental se estuvo negociando desde 1994 sin participación de los pueblos y de los parlamentos, pero distintos grupos y movimientos sociales dieron la señal de alarma explicando las consecuencias nefastas para los derechos de los pueblos del continente que

nos de Venezuela y Cuba en diciembre de 2004, ALBA apunta a promover la integración regional de América Latina y el Caribe basada en valores y objetivos opuestos a la hegemonía de las grandes potencias. El Tratado de Comercio de los Pueblos (TCP) es considerado el brazo comercial del ALBA. Es un esfuerzo directo por derrotar a los tratados bilaterales de libre comercio que el gobierno de los Estados Unidos ha impuesto en América Latina. El TCP apunta a promover el comercio en la región, junto con principios de solidaridad, cooperación y complementariedad. Fue lanzado en mayo de 2006. Integran el ALBA-TCP Antigua y Barbuda, Bolivia, Cuba, Dominica, Ecuador, Nicaragua, San Vicente y las Granadinas y Venezuela.

acarrearía la aprobación del ALCA⁷. Esto ayudó a que varios Gobiernos manifestaran su reticencia frente al mismo, aunque no una verdadera oposición, pues continuaron hablando de lograr un “buen” ALCA, que es como hablar de tener un “buen” cáncer

Lo cierto es que el proyecto ALCA está en hibernación. Estados Unidos optó por otra metodología, consistente en negociar separadamente tratados bilaterales y subregionales, como lo hace en otras regiones del mundo.

Examinaremos brevemente los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones extranjeras (TPPI), los tratados bilaterales de libre comercio (TLC) y los tratados bilaterales en materia de propiedad intelectual.

A) Los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones extranjeras (TPPI)

Estos tratados, también llamados APPRI (Acuerdos de Promoción y Protección *Recíproca* de Inversiones) han precedido a los tratados bilaterales de libre comercio y hay más de un millar vigentes a escala mundial. Se celebran entre Estados pero los derechos que acuerdan se confieren a particulares y en los mismos se incluyen disposiciones relativas al mecanismo de solución de las controversias que puedan surgir con motivo de la inversión, entre el inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión. El incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones asumidas en un TPPI hace surgir la responsabilidad internacional del Estado receptor de las inversiones por los daños ocasionados al inversor. La novedad radica en que el procedimiento para obtener un resarcimiento del Estado receptor se aparta del Derecho Internacional clásico.

En este último el inversor extranjero no tiene acceso directo al tribunal y es el Estado de su nacionalidad el que hace suyo el reclamo a través de la protección diplomática. En virtud de la doctrina Calvo (véase “infra” V.C) esto solo puede hacerse una vez que el inversor que se dice afectado ha agotado los recursos administrativos y judiciales establecidos en la legislación nacional del Estado al que pretende demandar.

En el sistema de los TPPI esto se modifica, ya que se admite el acceso directo de los inversores extranjeros a la instancia arbitral internacional para sustanciar su diferendo con el Estado receptor de la inversión, en las condiciones pactadas en el tratado. Incluso cuando el inversor extranjero es accionista minoritario en una empresa con la nacionalidad del Estado receptor puede recurrir al tribunal arbitral si considera lesionados sus intereses⁸.

También puede ocurrir que una empresa inversora traslade ficticiamente su sede de un país a otro para poder invocar un tratado bilateral que resulte más favorable a sus pretensiones. Es lo que hizo Aguas del Tunari (conglomerado formado por International Waters, Abengoa de Servicios Urbanos de España y socios bolivianos minoritarios) para demandar al Estado boliviano cuando fue expulsada de Cochabamba.

7 La aprobación del ALCA afectaría los derechos de los trabajadores, de los pequeños agricultores, del pequeño comercio, el derecho a la cultura y a la educación, a la salud, a un medio ambiente sano, el acceso al agua, etc. Véase en este sentido, *Mobilisations des peuples contre l'ALCA-ZLEA. Traité\$ de libre-échange aux Amériques*, éd. CETIM, Ginebra, febrero de 2005. Esto puede inferirse del mismo proyecto y del balance que puede hacerse de diez años de existencia del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Canadá y México (NAFTA-TLCAN), de factura similar al proyecto ALCA.

8 Por ejemplo en mayo de 2005 el tribunal arbitral del CIADI admitió la demanda presentada en agosto de 2001 contra el Estado argentino por CMS Energy, accionista minoritario de la compañía Transportadora de Gas del Norte (TGN).

Aguas del Tunari interpuso la demanda amparada en el Tratado Bilateral sobre inversiones entre Bolivia y Holanda, suscrito en 1992, pese a que el socio mayoritario de Aguas del Tunari era International Waters, sociedad formada por Bechtel, de Estados Unidos y Edison, de Italia. Aguas del Tunari transfirió su domicilio a Holanda sólo para poder iniciar el proceso contra Bolivia invocando el tratado entre Bolivia y Holanda. Aguas del Tunari solo tenía una casilla postal en Amsterdam, luego de una cuestionable y posiblemente ilegal transferencia de domicilio de las islas Caimán a Holanda a finales de noviembre de 1999.

Esa es una de las maneras en que los tratados bilaterales pueden ser invocados por sociedades transnacionales que no tienen su sede en ninguno de los Estados Parte del tratado⁹. La otra manera consiste en que una empresa con sede en un país A invoque contra un país B un tratado que este último ha celebrado con un país C que la favorece más que el tratado celebrado entre A y B, por aplicación del principio de “la nación más favorecida”.

Estas grandes empresas actúan como los piratas, que enarbolaban cualquier bandera para tomar desprevenidas a sus presas.

Otro privilegio del inversor: es él quien elige la jurisdicción. Según el artículo VII, incisos 2 y 3(a) i) del TPPI entre Argentina y Estados Unidos, en caso de una controversia entre un inversor y el Estado, si no hay arreglo amigable, **es la sociedad o el nacional involucrados, y no el Estado, el que elige la jurisdicción**. La misma disposición figura en el artículo VIII, incisos 2 y 3 del TPPI entre Argentina y Francia.

Además y casi como consecuencia necesaria, el inversor no está obligado a agotar los recursos internos, administrativos y judiciales, como es la regla general existente para acudir a instancias internacionales.

Incluso puede llegar a ocurrir que el inversor recurra al tribunal arbitral internacional como instancia de apelación contra una sentencia de la justicia del Estado receptor. Es el caso *Haas y Calmark Comercial* en que éste, invocando el artículo 11 del TLCAN, pide la formación de un tribunal arbitral porque perdió un juicio con sus socios locales ante los tribunales mexicanos¹⁰.

Esta relación asimétrica que establecen los TPPI (la palabra **reciproca** que contiene la sigla APPRI es totalmente engañosa, pues la regla general que surge de estos tratados es que solo la empresa puede demandar al Estado por incumplimiento pero éste no puede demandar a la empresa) es en beneficio exclusivo de las grandes empresas de los países más industrializados y en perjuicio de Estados poco desarrollados¹¹.

9 Otro ejemplo: la *Aeroport Development Corporation*, basada en Montreal, invocó el tratado bilateral de inversiones entre Chipre y Hungría en la disputa que lo enfrentaba a Hungría por la construcción y operación de una terminal en el aeropuerto de Budapest. Aunque Canadá había firmado un tratado bilateral con Hungría, los inversores operaron a través de empresas subsidiarias chipriotas, lo que les permitió invocar el tratado entre Chipre y Hungría porque sus disposiciones les resultaban más favorables que las del tratado entre Canadá y Hungría.

10 Citado por Rodrigo Pizarro, economista: *Tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos. Un análisis del capítulo de inversiones : las restricciones a las políticas públicas*, Ed. Fundación Terram, número 21, octubre 2003, www.clasecontraclase.cl/scripts/downloadDocs.php?id=52

11 Es así como se le ha dado a empresas privadas la misma jerarquía institucional e incluso superior, a la que tienen la mayoría de los Estados nacionales. Se ha dejado de lado el principio fundamental de que las personas jurídicas de derecho público como el Estado nacional, son cualitativamente distintas de las personas jurídicas de derecho privado. Las primeras están fuera y por encima del derecho privado, porque, como ya decían los antiguos romanos, son el “pacto común de la república”. Las personas jurídicas públicas son el resultado, por lo menos en teoría, del “contrato social” russoniano, fundado en la soberanía popular, expresión de la voluntad general. *Mantener nítidamente la diferencia*

Veamos cuáles son los principales contenidos de los TPPI en vigor:

1. Las inversiones extranjeras gozan siempre del trato más favorable, aunque éste no esté previsto en el mismo TPPI, pero sí en otros tratados o normas. El incumplimiento del trato más favorable genera la responsabilidad del Estado receptor, exigible por los procedimientos (en general un tribunal arbitral) que el mismo Tratado prevé.

Esto significa que en todos los casos se dará el trato más favorable a la inversión, independientemente de cuál sea la norma (nacional o internacional) que acuerde mejores condiciones a las inversiones.

2. Trato nacional. Toda ventaja concedida a los inversores nacionales debe ser extendida a los inversores extranjeros. Los inversores nacionales no pueden recibir ayuda alguna del Estado, pues ello implicaría violar la igualdad de trato entre inversores nacionales y extranjeros.

3. Cláusula de “nación más favorecida”. La ventajas que se acuerden mutuamente dos Estados en un tratado bilateral se extienden automáticamente a los tratados que éstos celebren con otros Estados. donde se incluya la cláusula de “nación más favorecida”, cláusula que existe en casi todos, sino en todos, los tratados bilaterales.

4. Ausencia e incluso prohibición de requisitos de desempeño. Los requisitos de desempeño consisten en exigir al inversor, para autorizar la inversión, determinadas conductas destinadas a proteger la economía nacional: utilizar, en lo posible, materia prima nacional, exportar parte de la producción para incrementar el ingreso de divisas, etc. **Estos requisitos no figuran en los TPPI y en algunos casos están expresamente prohibidos**, como en el tratado argentino-estadounidense y en el suscrito entre Canadá y Uruguay. En algunos casos la situación del Estado receptor es peor que en el TRIM (Medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio [de bienes]), celebrado en el marco de la OMC, que prohíbe los requisitos de desempeño sólo en el comercio de bienes. Por ejemplo, el tratado uruguayo-canadiense extiende la prohibición de los requisitos de desempeño a los servicios y a la transferencia de tecnología. De modo que, en ese marco, el Estado receptor no puede exigir al inversor que transmita el *know how* a los socios locales o a los trabajadores locales. Es decir que, en este caso, no hay incorporación de tecnología al Estado receptor.

5. Los TPPI incluyen cláusulas previendo la indemnización en caso de expropiación u “otras medidas de efecto equivalente”. Esta última frase, ambigua, permite exigir la indemnización en caso de medidas adoptadas por el Estado receptor que “privan al inversor de los beneficios que podría razonablemente esperar”, como dijo el tribunal arbitral en el caso “Metalclad c/México”, en el marco del TLCAN¹².

entre personas jurídicas públicas, expresión de la voluntad general, y personas jurídicas privadas, que expresan intereses particulares de individuos o de grupos, es fundamental para la existencia de una sociedad democrática. Borrar las fronteras entre ambas conduce al predominio de las políticas de las corporaciones o entes dominantes minoritarios, en detrimento del interés general, teóricamente representado por las personas jurídicas públicas, y a minar los fundamentos de la democracia. Puede verse al respecto: Mariana Herz, “Régimen argentino de promoción y protección de inversiones en los albores del nuevo milenio: de los tratados bilaterales, MERCOSUR mediante, al ALCA y la OMC”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N°7, www.reei.org

12 En 1996 la empresa estadounidense *Metalclad* demandó al gobierno mexicano por violar el capítulo 11 del TLCAN, cuando

6. Compensaciones. Los TPPI prevén la compensación por pérdidas que se produzcan por una variedad de causas, entre ellas la pérdida de ganancias futuras o esperadas, como se ha señalado en n°5.

7. Autorización irrestricta de transferencias al exterior. Los TPPI prevén las transferencias al exterior del capital, los beneficios, las remuneraciones, las regalías, los honorarios por consultorías, etc., de manera irrestricta, en divisas libremente convertibles¹³.

B) Los tratados bilaterales de libre comercio (TLC)

Como continuación del proceso iniciado con los TPPI, muchos países han firmado o están negociando tratados bilaterales de libre comercio con Estados Unidos y con la Unión Europea. Sobre todo en el caso de Estados Unidos “están negociando” es una manera de decir. En realidad se trata de que firmen un contrato de adhesión al tratado tipo preparado que les presenta Estados Unidos y la negociación consiste en tratar de introducir algunos retoques formales al tratado tipo estadounidense¹⁴. La Unión Europea sigue en ese aspecto las huellas de Estados Unidos.

En América Latina hubo negociaciones conjuntas de Colombia, Ecuador y Perú para celebrar un TLC con Estados Unidos. Pero en diciembre de 2005 el Presidente de Perú decidió concluir separadamente el Tratado con Estados Unidos, que fue ratificado por el Congreso peruano en junio de 2006. Colombia, por su parte, firmó el TLC en noviembre de 2006. Pero por decisión de la mayoría demócrata, el Congreso

el gobierno de San Luis Potosí impidió abrir a dicha empresa un depósito de desechos tóxicos. Bajo las normas del TLC, la denegación del permiso para abrir un vertedero fue considerada un acto de “expropiación” y el gobierno mexicano tuvo que pagar a *Metalclad* una indemnización de 16,7 millones de dólares. El laudo arbitral en *Metalclad Corporation c/Estados Unidos Mexicanos* (caso N° ARB(AF) 97/1) se puede encontrar en www.worldbank.org/icsid/cases/mm-award-s.pdf. Dicho laudo es muy ilustrativo porque el contenido del TLCAN es muy similar a muchos TPPI en vigor y a los TLC en proyecto o a los ya vigentes. Las interpretaciones del tribunal arbitral en el caso *Metalclad* pueden dar una idea del grado de subordinación económica, social, política e institucional a que quedan sometidos los Estados que celebran tales tratados. Hay que decir que el Gobierno Federal mexicano autorizó, por servilismo e irresponsabilidad, la instalación del vertedero y que fue el Gobierno local quien posteriormente se opuso, lo que debilitó la situación jurídica del Estado mexicano en el juicio arbitral. El Gobierno de México tampoco objetó que no se agotaran los recursos internos (véase el párrafo 100 del laudo).

13 En América Latina y el Caribe, Argentina firmó 54 TPPI en el decenio de 1990 y su Parlamento ratificó todos o casi todos; Brasil firmó 14 pero no ratificó ninguno; Chile firmó 45; Colombia firmó varios, entre ellos con Francia, España, Perú, Chile, Cuba y Suiza; Costa Rica y México firmaron 11; Cuba firmó 62 de esos tratados entre 1993 y 2002, la mayoría con países poco desarrollados, pero también con Italia, España, Gran Bretaña, Alemania, Holanda, Austria, China y Rusia; Perú firmó 22, Uruguay 24 y Venezuela 22.

14 El Tratado bilateral tipo estadounidense está basado en la *Trade Act* promulgada por el Presidente Bush en agosto de 2002, que estableció la *Bipartisan Trade Promotion Authority* (Autoridad bipartidaria para la promoción del comercio), conocida también como “Vía rápida para celebrar tratados comerciales” (Fast track) que confirió durante cinco años, es decir hasta julio de 2007, amplias facultades al Presidente, en nombre de la seguridad nacional, de la libertad y de los intereses de los Estados Unidos, para celebrar tratados comerciales que el Congreso puede aprobar o desechar, pero no modificar. En los puntos 1) y 2) (b -Recomendaciones) de la Sección 2101 del Título XXI la ley dice : “*La expansión del comercio internacional es vital para la seguridad nacional de los Estados Unidos. El comercio exterior es un elemento crítico para el crecimiento económico, el poderío y el liderazgo de los Estados Unidos en el mundo...La seguridad nacional de los Estados Unidos depende de su seguridad económica que, a su vez, está cimentada en una vibrante y creciente base industrial. Los acuerdos comerciales deben maximizar las oportunidades de los sectores más importantes de la economía. La expansión del comercio ha sido el motor del crecimiento económico. Los acuerdos comerciales maximizan las oportunidades para sectores críticos y componentes esenciales de la economía de los Estados Unidos, tales como la tecnología de la información, las telecomunicaciones y otras tecnologías de vanguardia, industrias básicas, bienes de capital, equipos médicos, servicios, agricultura, tecnología ambiental y propiedad intelectual. El comercio creará nuevas oportunidades para los Estados Unidos y preservará la fuerza incomparable de los Estados Unidos en los asuntos económicos, políticos y militares*”. En julio de 2007 el Congreso no renovó estas facultades conferidas al Presidente.

de Estados Unidos mantiene “congelada” la ratificación del TLC con Colombia, en razón de problemas de derechos humanos y de cuestiones laborales. Situación que persistía en febrero de 2010. Ecuador no firmó el TLC con Estados Unidos, decisión que reiteró el Presidente Correa en abril de 2009. **En mayo del mismo año, Correa expresó su preocupación por el sesgo neoliberal que está tomando la negociación comercial con la Unión Europea y dijo que su país, a diferencia de Colombia y Perú, no aceptará un tratado de libre comercio con la Unión Europea.**

Para dar una idea de lo que significan estos Tratados comerciales bilaterales se analizan a continuación el tratado Chile/Estados Unidos de manera general y ciertos contenidos de algunos otros: Corea del Sur/Estados Unidos, Marruecos/ Estados Unidos y el Tratado de la Unión Europea con la India, en curso de negociación.

TLC Chile/Estados Unidos

El núcleo del Tratado es el capítulo 10, que comporta 3 secciones. La Sección A comprende los artículos 10.1 a 10.13 que se refieren a la inversión, la Sección B, (artículos 10.14 a 10.26), se refiere a la solución de controversias inversionista-Estado, y la Sección C, cuyo único artículo 10.27 contiene las Definiciones de algunos de los términos de este capítulo.

En virtud del artículo 10.5.3, Chile puede imponer medidas administrativas, ambientales, sanitarias, de ubicación de producción a una inversión *de cualquier país del mundo* pero siempre y cuando esas restricciones no se apliquen de manera arbitraria o injustificada, o no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales. Esto significa que un inversionista de cualquier país, podría comprar un terreno u obtener en concesión una mina abandonada en el desierto chileno, para depositar en ellas residuos nucleares y Chile no podría impedirlo, porque podría ser demandado por restricción encubierta al comercio o inversión internacional.

Ninguna autoridad chilena tendrá poder de decisión en caso de conflicto con un inversionista extranjero, sobre alguna disposición de este capítulo. Sólo tribunales arbitrales internacionales tendrán competencia para resolver estas controversias.

El artículo 10.12, que también concierne a los inversionistas de todo el mundo, establece que una Parte, es decir Chile o EEUU, podrá mantener o hacer cumplir cualquiera medida que sea compatible con este capítulo, para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta *inquietudes* en materia ambiental. Se habla de tomar en cuenta inquietudes, pero no se dice que Chile pueda denegar una inversión que afecte la preservación del medio ambiente. Al no poder el Estado chileno impedir una inversión que no respete el medio ambiente, se está violando el inciso 8 del artículo 19 de la Constitución chilena que establece: “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que ese derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”. Lo curioso es que el Gobierno chileno ha renunciado a su obligación constitucional de preservar el medio ambiente no sólo frente a los inversores del Estado cocontratante, los Estados Unidos, sino a los inversores de Estados indeterminados, que no son parte en el Tratado¹⁵.

15 Sobre la interpretación totalmente restrictiva de las “cláusulas ambientales”, puede verse el laudo arbitral Metalclad, párrafos 96, 98, 109 y 111. Véase nota 12.

Los demás artículos de este capítulo, conciernen solamente a los inversionistas de EEUU. El artículo 10.9 (Expropiación e indemnización), establece que Chile no “Expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización”, salvo que sea por utilidad pública, de una manera no discriminatoria, y mediante el pago de una indemnización al valor de mercado. Inversión “cubierta” se refiere a las inversiones de EEUU ya existentes en Chile, que no podrán ser alcanzadas por medidas de Chile que puedan ser consideradas equivalentes a la expropiación. Por su parte el art. 23.3.6, del capítulo 23 (Excepciones), establece que: “Los artículos 10.9 (Expropiación e indemnización) y 10.15 (Sometimiento de una reclamación a arbitraje), se aplicarán a una medida tributaria que se alega como expropiatoria o como una violación de un acuerdo de inversión o una autorización de inversión.” (nuestro el subrayado)

Esto quiere decir que Chile estaría imposibilitado de efectuar modificaciones tributarias que afecten a inversionistas de EEUU, so pena de ser demandado ante un tribunal arbitral internacional por establecer medidas que pueden ser consideradas “expropiatorias”.

Según el art. 10.9, el aumento de las regalías que el inversor debe pagar al Estado receptor de la inversión, también puede ser considerado como una medida equivalente a la expropiación.

Con relación a la solución de controversias, en el artículo 10.15 se establece que el demandante podrá someter a arbitraje una reclamación, si el demandado ha violado una autorización o un acuerdo de inversión. Se desprende de este artículo que el Estado chileno solo puede ser demandado, pero nunca podrá ser demandante, aunque considere que un inversionista no respeta las disposiciones de este tratado. Más explícito respecto de esta unilateralidad ante la ley, es el artículo 10.27 llamado “Definiciones”, que define precisamente que demandado es la Parte en una controversia, y Parte sólo se les llama a los Estados firmantes de un tratado. En toda controversia que se produzca con relación a este Tratado, los tribunales chilenos no tendrán competencia: sólo la tendrán tribunales arbitrales internacionales, compuestos de 3 árbitros, uno de Chile, otro de la otra Parte y otro de una nacionalidad distinta. El derecho que se aplica en estos juicios es el derecho internacional consuetudinario y no las leyes chilenas, lo que deroga tácitamente el artículo 16 del Código Civil chileno que establece: “Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile”. Pero según el Tratado, los litigios en que intervengan sociedades estadounidenses establecidas en Chile y por extensión (arts.10.5 y 10.12) sociedades extranjeras de cualquier otra nacionalidad establecidas en Chile no se regirán por las leyes chilenas, contrariamente a lo que dispone el artículo 16 del Código Civil.

TLC Corea del Sur/Estados Unidos

Estados Unidos fijó cuatro requisitos preliminares que el gobierno coreano tuvo que satisfacer como condición para iniciar las negociaciones de un TLC. Los cuatro prerrequisitos fueron:

- suspensión de las reglamentaciones relativas a los precios de los medicamentos, de manera tal que las empresas farmacéuticas estadounidenses pudieran

extraer más ganancias en el mercado surcoreano (cumplido en octubre de 2005);

- moderar las reglamentaciones gubernamentales sobre emisiones de gases para los automóviles importados de Estados Unidos, de manera tal que más coches de ese origen pudieran venderse en Corea del Sur (satisfecho en noviembre de 2005);
- reanudación de las importaciones de carne vacuna de Estados Unidos, que se habían suspendido en 2003 debido a los brotes de la enfermedad de Creutzfeld-Jacob (“vacas locas”) que se registraron en EEUU (acordado en enero de 2006);
- reducción del cupo obligatorio de días en que las salas de cine deben exhibir películas surcoreanas, de 146 días a 73 días al año, de manera tal que pudieran exhibirse más películas estadounidenses (acordado en enero de 2006).

Una vez que la administración surcoreana cedió y aceptó dichos requisitos se avanzó en las negociaciones hasta que se firmó el tratado en 2007.

Un acuerdo paralelo fijó reglas específicas respecto al modo en que Corea debería abrir su mercado de la manera más amplia a las importaciones de carne vacuna estadounidense, a pesar de las protestas multitudinarias de la población, muy preocupada por las consecuencias sanitarias de dicho acuerdo.

TLC Marruecos/Estados Unidos

El Tratado fue aprobado por el Congreso estadounidense en julio de 2004 y por el Parlamento de Marruecos en enero de 2005.

El acuerdo con Marruecos fue publicitado por el gobierno estadounidense como el primer paso de un TLC de amplio espectro con el Medio Oriente. Cualquier acuerdo regional de ese tipo sintetizaría las líneas principales de la política de Estados Unidos en el Medio Oriente: “democratizar” los gobiernos de los países árabes, abrirlos a la penetración estadounidense y neutralizar eventualmente cualquier hostilidad contra el Estado de Israel. Marruecos constituye ahora un socio complaciente en ese proceso.

El Tratado incluye una amplia gama de temas sensibles: la apertura del mercado marroquí a las importaciones de trigo de Estados Unidos, reglas de origen para las exportaciones de textiles marroquíes a Estados Unidos, los precios de los medicamentos, etc.

En Marruecos diversas agrupaciones sociales, políticas y del mundo de las artes, la agricultura y la comunidad científica, e incluso algunas agrupaciones de empresarios industriales se movilizaron en torno a una serie de problemas que plantea el TLC. Uno de ellos era el acceso a los medicamentos, que sería socavado por las normas del acuerdo relativas a los derechos de propiedad intelectual. Otro de los temas fue la erosión del pluralismo cultural y la inminente amenaza de transferencia de los medios de comunicación marroquíes y otros sectores de la cultura a Walt Disney, la Voice of America y CNN. Otro problema de índole más general fue la negativa constante de la administración marroquí frente a los reclamos de consulta, debate y participación y sus oídos sordos ante cualquier cuestionamiento –vinieran éstos de las calles (las protestas de los activistas contra el SIDA y los productores cinematográficos fueron violentamente reprimidas). En el Parlamento los partidos de la oposición tuvieron que organizar sus propias audiencias con las ONG sobre el anteproyecto del tratado o el sector empresarial.

Tras dos años de aplicación del TLC, el balance comercial positivo de Estados Unidos con Marruecos se había multiplicado exponencialmente de US\$ 85 millones en 2005 a casi US\$ 735 millones en 2007.

TLC India/Unión Europea, en curso de negociación

La UE está negociando desde 2007 con la India un tratado bilateral de libre comercio.

Subsisten varios desacuerdos entre ambas partes.

Por ejemplo el gobierno indio quiere que la UE suavice sus estrictos criterios de inocuidad de los alimentos, que penalizan a las exportaciones agropecuarias y pesqueras de la India, y que facilite el ingreso de profesionales indios al mercado de trabajo en la UE. Europa tiene la mira puesta en obtener mayor acceso al mercado de servicios en la India y una liberalización amplia de la inversión extranjera, mientras que India no quiere siquiera discutir autorizar a las empresas europeas a competir en el mercado indio de contratos públicos y compras del Estado.

A fines de abril de 2010 la organización humanitaria Médicos sin Fronteras (MSF) pidió a la Unión Europea y a la India que retiren cualquier elemento del Tratado que negocian que pueda suponer una restricción a la producción de medicamentos genéricos. Según MSF, la UE quiere que se adopten en el tratado algunas disposiciones relativas a la propiedad intelectual que podrían “restringir” la producción y exportación de genéricos en la India. Por su parte, un portavoz de la Comisión Europea (CE) afirmó [Mayo de 2010] que la UE está “completamente comprometida” con que las personas que viven en los países más pobres del mundo tengan un “acceso asequible a los medicamentos”. MSF indicó que el acuerdo puede incluir disposiciones que extenderían la validez de una patente más allá de 20 años, “lo que ampliaría el monopolio del titular de esa patente, impidiendo así la competencia genérica”.

C) Los tratados bilaterales en materia de propiedad intelectual

El Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC, TRIPS en inglés) es muy criticado y con razón. Pero hay una serie de tratados bilaterales sobre el mismo tema que agravan las disposiciones del ADPIC. Por eso se los llama “TRIPS-plus”. Por ejemplo el Acuerdo ADPIC *admite la posibilidad de excluir* del sistema de patentes a los seres vivos, aunque en el artículo 27, 3, b) del mismo dice: “Sin embargo, los Miembros preverán la protección de variedades vegetales por brevets, mediante un sistema *sui generis* eficaz o por una combinación de ambos...”. No especifica qué quiere decir un “sistema *sui generis* eficaz”. Así, en el ADPIC, de todas maneras queda la puerta abierta al patentamiento de variedades vegetales.

Pero la mayoría de los tratados bilaterales en materia de propiedad intelectual *obligan* a los signatarios a adherir a la UPOV (Unión Internacional para la Protección de Nuevas Variedades de Plantas), que no es mencionada en el ADPIC. La UPOV fue creada por una convención adoptada en 1961 de la que hasta 1994 sólo eran miembros países del Norte y Sudáfrica. Pero desde esta última fecha comenzaron a adherir al mismo países del Sur. El tratado otorga amplia latitud para patentar plantas y expone a los agricultores, para poder seguir sembrando y cultivando, a tener que pagar cada vez más derechos a las grandes sociedades transnacionales especializadas

en ingeniería genética y en biopiratería¹⁶. Como el derecho tradicional de patentamiento requiere que el objeto de la patente sea un invento, con lo que quedan excluidos los organismos vivos que existen en la naturaleza, con el UPOV se consagraron los llamados “derechos del obtentor” que se refieren a las variedades vegetales nuevas obtenidas por diversos medios, entre ellos por cruzamiento o con manipulaciones genéticas. Así es como con los tratados bilaterales que, en su gran mayoría, obligan a adherir al UPOV se suprime el derecho fundamental del agricultor a guardar o intercambiar con otros agricultores para la siembra siguiente semillas que tengan “derechos de obtentor” registrados¹⁷.

En el Capítulo IV.F) de este cuaderno y en el TLC India-Unión Europea en curso de negociación (véase más arriba) se pueden ver ejemplos de cómo un uso abusivo de los derechos de propiedad intelectual sobre los medicamentos pueden ser violatorios del derecho a la salud¹⁸.

III. TRIBUNALES ARBITRALES INTERNACIONALES

El derecho corporativo o neofeudal al servicio de las sociedades transnacionales constituido por los tratados bilaterales de libre comercio, de promoción y protección de las inversiones extranjeras y en materia de propiedad intelectual, entre otros, se completa con jurisdicciones específicas, los tribunales arbitrales internacionales.

La aceptación de su jurisdicción en los tratados bilaterales y regionales, como veremos, implica la renuncia a un atributo esencial de la soberanía: la competencia territorial de los tribunales nacionales.

A) El Centro internacional para el arreglo de diferencias relacionadas con las inversiones (CIADI)

Entre los tribunales arbitrales desempeñan un papel preponderante los que se constituyen en el Centro Internacional para el Arreglo de Controversias Relacionadas con las Inversiones (CIADI, ICSID en inglés), miembro del Grupo del Banco Mundial y cuyo presidente es, *ex officio*, el Presidente del mismo Banco Mundial, como establece el Reglamento del CIADI. En julio de 2010 habían firmado el Convenio del CIADI 155 Estados y 144 de ellos lo habían ratificado.

El CIADI, con la falta de objetividad y de imparcialidad que es inherente al Banco Mundial, ayuda a constituir tribunales arbitrales internacionales que dirimen las controversias entre las sociedades transnacionales y los Estados que aceptan someterse a ese procedimiento. **Los Estados, al aceptar esta jurisdicción para dirimir conflictos en inferioridad de condiciones con empresas privadas, renuncian a una prerrogativa fundamental de la soberanía como es la competencia territorial de sus tribunales nacionales. Decimos en inferioridad de condiciones porque la regla general, que surge de los tratados bilaterales de libre comercio, es que solo la empresa puede demandar al Estado por**

16 La biopiratería es la apropiación de conocimientos biomédicos autóctonos, por medio de las patentes, por parte de las firmas privadas de ingeniería genética sin compensación para los grupos autóctonos que inicialmente han desarrollado dichos conocimientos. A partir de los años 80 algunos industriales farmacéuticos o agrícolas se han apropiado de un derecho exclusivo sobre los genes del genoma humano, de las plantas, etc.(cf. <http://es.wikipedia.org/wiki/Biopiratería>)

17 Véase Silvia Ribeiro, “Campesinos, biodiversidad y nuevas formas de privatización” en *América Latina en Movimiento*, febrero 2004: <http://alainet.org/revista.phtml>

18 Véase *El derecho a la salud*, CETIM, mayo de 2006, http://cetim.ch/es/publications_brochures.php

incumplimiento pero este último no puede demandar por incumplimiento a aquélla. (Véase, más arriba, el análisis del TLC Chile-Estados Unidos)

El sitio web del Banco Mundial presenta al CIADI así:

Función: “El CIADI proporciona facilidades para la solución de controversias por medio de conciliación y arbitraje entre Estados miembros e inversionistas que puedan ser considerados como nacionales de otros Estados miembros.” “El acceso a las facilidades que proporciona el CIADI en relación con la conciliación y el arbitraje son completamente voluntarios. Sin embargo, una vez que se accede a los mecanismos del CIADI no se puede desistir de ellos unilateralmente.” “Además todas las partes contratantes de la Convención del CIADI están obligadas de reconocer y ejecutar las decisiones arbitrales del CIADI. Junto con las facilidades de conciliación y arbitraje otorgadas por el Convenio CIADI, el Centro, desde 1978, ha definido un conjunto de Reglas Adicionales de Facilitación que autorizan al Secretariado del CIADI a administrar cierto tipo de procedimientos entre Estados y nacionales de otros países por fuera del campo de aplicación del Convenio. También se encuentran disponibles facilidades adicionales sobre conciliación y arbitraje en casos en que la controversia no esté relacionada con inversiones, siempre y cuando se relacione con una inversión “cuyas características lo diferencien de una transacción comercial ordinaria”. “Una tercera actividad del CIADI en el campo de la solución de controversias **consiste en la actividad del Secretario General del CIADI como autoridad nominadora de árbitros para que actúen en procedimientos arbitrales ad-hoc.**”¹⁹

Cabe señalar las enormes atribuciones, subrayadas en el párrafo precedente, que tiene el Secretario General del CIADI.

Manifiestamente, los tribunales arbitrales constituidos en el CIADI carecen de independencia, pues de los tres árbitros dos de ellos representan de hecho los intereses de la empresa: el árbitro que nombra la empresa y el Presidente del Tribunal quien, cuando no hay acuerdo entre las partes, lo que ocurre casi siempre, es nombrado por el Presidente del Consejo de Administración del CIADI (art. 38 de los Estatutos del CIADI), que no es otro que el Presidente del Banco Mundial.

Los tribunales arbitrales del CIADI se constituyen para cada caso. Para el Tribunal arbitral no hay, en principio, otra ley que el Tratado bilateral cuya violación se invoca en el litigio y el Reglamento del CIADI. No se tienen en cuenta otros fallos de tribunales, arbitrales o no, ni tampoco las leyes y Constituciones nacionales, la Declaración Universal ni los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. El Convenio de Washington de 1965 que creó el CIADI y los reglamentos de éste no hacen alusión alguna a los derechos humanos. Tampoco lo hacen los Tratados comerciales bilaterales (salvo en algunos pocos casos y de manera muy limitada y ambigua) . Es decir que si se han aceptado las reglas de juego del CIADI y de los tratados comerciales bilaterales, no hay lugar para invocar los derechos humanos ante un Tribunal arbitral constituido sobre la base de tales instrumentos. Los tribunales arbitrales del CIADI han rechazado reiteradamente las invocaciones a los derechos humanos formuladas por Estados demandados pero **han aceptado los argumentos de los inversores a favor del “derecho humano a la propiedad.”**²⁰

19 Cf. <http://www.worldbank.org/icsid>

20 Por ejemplo, entre varios otros, en los casos Tecmed c/México, Azurix c/Argentina y CMS Gas Transmission c/ Argentina. Véase Luke Eric Peterson, “Análisis de la relación entre derechos humanos y tratados de inversión”, in *Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión*, Ed. Derechos y Democracia, capítulo 2, 2009,

Los juicios se celebran a puertas cerradas y su desarrollo y en muchos casos la sentencia arbitral, no es accesible a la opinión pública²¹. A pesar de que en la gran mayoría de estos juicios se ventilan cuestiones que afectan al interés general, la confidencialidad es casi siempre la regla.

El Presidente del Tribunal Arbitral, que debe su nombramiento al Presidente del Banco Mundial, es parte vinculada a los intereses de la empresa en litigio. En efecto, el propio Banco Mundial representa estos intereses por dos razones principales: La primera es que en casi todas las operaciones de inversión privada extranjera interviene de una manera u otra el Banco Mundial, por vía de asesoramiento, financiación, etc. La segunda es que el grueso del capital de que dispone el Banco Mundial para sus operaciones (400.000 millones sobre 500.000, es decir el 80% de los fondos que ha manejado desde su fundación), ha sido aportado por inversores privados y sólo 100.000 millones, es decir el 20%, por los Estados²².

Dicho de otra manera, el Banco Mundial es esencialmente un gestor del capital privado para las inversiones en el extranjero. De modo que dicho capital puede contar con la parcialidad a su favor de los tribunales del CIADI, organismo del Banco Mundial, cuando litiga contra los Estados.

Incluso suele suceder que el Presidente del Banco Mundial, cuando nombra al Presidente del Tribunal arbitral, ni siquiera respeta el último párrafo del art. 38 de los Estatutos del CIADI, que establece que “*Los árbitros nombrados por el Presidente conforme a este Artículo no podrán ser nacionales del Estado Contratante parte en la diferencia, o del Estado Contratante cuyo nacional sea parte en la diferencia*”²³.

Por ejemplo en el caso Aguas del Tunari (Bechtel) contra Bolivia nombró Presidente del Tribunal Arbitral a David D. Caron, ciudadano estadounidense, es decir de la misma nacionalidad que Bechtel.

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, del 18 de marzo de 1965 (Convenio de Washington), que creó el CIADI, fue elaborado por el Banco Mundial. Durante la discusión del mismo, los Estados latinoamericanos y caribeños, fieles en esa época a la Doctrina Calvo (véase, más adelante, el punto V, c), se opusieron **unánimemente** a la creación de un tribunal arbitral internacional para dirimir conflictos entre los Estados e inversores extranjeros²⁴.

http://www.dd-rd.ca/site/_PDF/publications/globalization/HIRA-volume3-SPAN.pdf

21 **Casos pendientes en el CIADI (octubre de 2009):** Empresas demandando a Estados: 120 casos / Estados demandando a Empresas: 1

Casos por región y/o continente: América del Norte: 3, Centro América: 10, América del Sur: 51, El Caribe: 1 / África: 18 / Asia: 13 / Europa: 24 / Oceanía: 1 (Este es el único caso en el que un gobierno demanda a una empresa)

Lista de países con demandas en el CIADI (con número de demandas): Argentina: 30 / Ecuador, Venezuela y Ucrania: 6 / Rumania y Egipto: 5 / Georgia y Kazajastán: 4 / Costa Rica, Bolivia, Turquía y República Centroafricana: 3 / México, El Salvador, Guatemala, Honduras, Chile, Paraguay, Perú, Hungría, Macedonia, Jordania y Gabón: 2 / Canadá, Panamá, Granada, Alemania, Eslovenia, Bangladesh, Camboya, Filipinas, Líbano, Sri Lanka, Turkmenistán, Yemen, Argelia, Ghana, Nigeria, Togo, Senegal, Sudáfrica, Tanzania y Túnez: 1.

Cf. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Servlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=ViewAllCases#>

22 Cf. Financiamiento del Banco Mundial, <http://go.worldbank.org/EQZJ53QPZ0>

23 Cf. Convenio del CIADI, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/partA-chap04.htm>

24 El delegado chileno, Félix Ruiz, expresó la oposición en nombre de todos los países latinoamericanos. Boletín de prensa del Banco Mundial del 9 de setiembre de 1964. Dato extraído de Gonzalo Biggs, *La crisis de la deuda latinoamericana frente a los precedentes históricos*. Grupo Editor Latinoamericano. Colección Estudios Internacionales.

Distribuidor EMECE. Buenos Aires, 1987, pág. 77.

Después en esta región, como en el resto del mundo, se produjo el viraje al neoliberalismo y hoy forman parte del CIADI la mayoría de los Estados del planeta, entre ellos la mayoría de los Estados latinoamericanos y caribeños²⁵. También muchos Estados latinoamericanos y de otras regiones han adherido a la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (AMGI, MIGA en inglés)²⁶.

En la región latinoamericana y caribeña sólo Brasil, Cuba y México no han firmado el CIADI y la República Dominicana hasta ahora no lo ha ratificado.

En mayo de 2007 Bolivia, Nicaragua y Venezuela anunciaron que se retiraban del CIADI, pero sólo Bolivia comunicó su retiro al Banco Mundial en el mismo mes de mayo²⁷. Nicaragua y Venezuela siguen siendo parte del CIADI y esta última aceptó la jurisdicción del CIADI en el conflicto que tiene con Exxon Mobil.

Por su parte, el 6 de julio de 2009, Ecuador comunicó oficialmente al Banco Mundial su decisión de retirarse del CIADI.

En otras regiones cabe destacar que la India no es parte del CIADI.

Es necesario señalar que la ratificación del convenio CIADI **no obliga** a los Estados Parte a someter a tribunales arbitrales internacionales las controversias con inversores extranjeros. En efecto, el último párrafo del Preámbulo del Convenio dice: *“Declarando que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de*

25 Desde fines de la segunda Guerra Mundial surgieron en América Latina y el Caribe una serie de movimientos y Gobiernos con orientaciones nacionalistas, agraristas y antiimperialistas con diferentes niveles de consecuencia y profundidad:

Arévalo y Arbenz en Guatemala (1945-1954), la revolución encabezada por el Movimiento Nacionalista Revolucionario en Bolivia en 1952, el peronismo del primer período en Argentina (1945-1951); la Revolución Cubana en 1959; Goulart en Brasil (1961-64), la Revolución Sandinista (1979-1990), el Gobierno de Salvador Allende en Chile (1970-1973), etc. Todos esos movimientos, salvo la revolución cubana, se frustraron, como resultado de sus propias inconsecuencias, de la presión económica y la intervención militar directa (invasiones) o indirecta por vía del apoyo logístico a golpes de Estado o a actividades armadas contrarrevolucionarias por parte de los Estados Unidos. Este ciclo de ascenso y posterior descenso de los movimientos populares acompaña, con bastante aproximación, las políticas de diversos Estados de la región frente a las inversiones extranjeras, lo que se refleja en las leyes nacionales actualmente vigentes en esa materia, francamente liberales frente al inversor extranjero y que ignoran por completo la protección del interés nacional. Se refleja también en las sucesivas decisiones del Acuerdo de Cartagena, en el marco del Pacto Andino, que comenzaron la cuenta regresiva después de la ejemplar Decisión 24 de 1970, en el cambio de actitud de la gran mayoría de los Estados de la región frente a los Tribunales Arbitrales Internacionales, concretamente frente al CIADI y, en los últimos diez o quince años, en las enormes concesiones hechas al poder económico transnacional en los tratados comerciales bilaterales. Hay que decir que el relativo y desperejo cambio positivo, que se advierte en la región después de la ola reaccionaria de los años 80-90 se nota poco o nada en el plano normativo, ya sea en materia de leyes de inversiones extranjeras, de tratados bilaterales o en la actitud frente al CIADI, con las únicas excepciones de Bolivia y Ecuador.

26 La Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones fue establecida el 12 de abril de 1988 **como una organización miembro del Grupo del Banco Mundial**. AMGI tiene un Reglamento de Arbitraje para Controversias en los Contratos de Garantía de la Agencia de Garantías en Inversiones Multilaterales (1990), www.miga.org

27 En diciembre de 2008 el Tribunal del CIADI suspendió hasta 2010 la demanda de arbitraje que interpuso Euro Telecom International (ETI) una empresa de capitales italianos y españoles, por la nacionalización de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL) de Bolivia, mientras resuelve las observaciones del Gobierno boliviano sobre su jurisdicción para conocer dicha demanda. El tribunal arbitral aceptó la cuestión preliminar presentada por Bolivia, de modo que durante 2009 se sustancie, se tramite y se resuelva la misma. Bolivia cuestionó la competencia del tribunal del CIADI, dado que la empresa transnacional presentó la demanda casi seis meses después que Bolivia comunicó su decisión de retirarse del CIADI, en mayo de 2007. Bolivia sostiene que la interpretación correcta de los artículos 71 y 72 de los Estatutos del CIADI es que éste no tiene más competencia desde que el Estado comunica su decisión de retirarse. ETI, por el contrario, sostiene que el tribunal arbitral conserva su jurisdicción hasta seis meses después de comunicado el retiro. Admitiendo la interpretación de los Estatutos del CIADI más desfavorable para Bolivia, el retiro de este país del CIADI tuvo pleno efecto a partir de noviembre de 2007. Sin embargo, el 12 de abril de 2010 el CIADI admitió una demanda de arbitraje contra Bolivia de Pan American Energy LLC (PAE), ex accionista mayoritario de la petrolera Chaco, nacionalizada en 2009. Una prueba más de la arbitrariedad con que actúa el CIADI. El Gobierno de Bolivia envió inmediatamente una nota de protesta a la Secretaría de ese organismo del Banco Mundial.

someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado”.

El sometimiento al arbitraje internacional de controversias entre los Estados y los inversores extranjeros forma parte de las obligaciones asumidas en los Tratados de Protección y Promoción de las Inversiones Extranjeras (TPPI), en Tratados de Libre Comercio y en otros similares.

Como se dice en un documento del Equipo de Análisis del Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos de Bolivia: *“En cuanto a resultados, aproximadamente una tercera parte de los casos en el CIADI terminan con fallos a favor de los inversionistas, y en otra tercera parte de los casos las partes llegan a un acuerdo sobre indemnización fuera del CIADI. En síntesis, en la gran mayoría de los casos ganan los empresarios. Por su parte, los Estados en realidad nunca ganan - el mejor resultado que pueden obtener, dado que es un sistema unidireccional, es no perder.”*²⁸ (nuestro el subrayado)

B) Otros tribunales arbitrales internacionales

Otros tribunales arbitrales internacionales son la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) con sede en La Haya, que fue establecida por la Convención para la resolución pacífica de controversias de 1899 y originalmente se ocupó de la solución de conflictos entre Estados. Pero en los años sesenta adoptó reglamentos de arbitraje de conflictos entre Estados y particulares y en 1993 adoptó el Reglamento Facultativo de la CPA para el arbitraje de controversias entre dos partes de las que sólo una es un Estado.

La Cámara de Comercio Internacional, fundada en 1919 y que reúne a las más importantes empresas del planeta tiene una Corte Internacional de Arbitraje que se ocupa de organizar tribunales arbitrales para resolver conflictos entre empresas.

Otra jurisdicción arbitral es el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio, que está creando por vía de jurisprudencia una normatividad internacional que escapa totalmente al control de los Estados e ignora - como el CIADI - las normas básicas del derecho internacional de los derechos humanos.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, UNCITRAL en inglés) fue creada en 1966 por resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. No tiene por función crear ni gestionar tribunales arbitrales. De conformidad con su mandato, la CNUDMI tendrá presentes en su labor “los intereses de todos los pueblos, particularmente los de los países en desarrollo, en el progreso amplio del comercio internacional”. Los miembros de la Comisión representan las diversas regiones geográficas y son elegidos por la Asamblea General “teniendo debidamente en cuenta la adecuada representación de los principales sistemas económicos y jurídicos del mundo y de los países desarrollados y en desarrollo”. Entre otros documentos, la CNUDMI elaboró un Reglamento de Arbitraje en 1976 y otro de Conciliación en 1980, cuya utilización recomendó la Asamblea General en sendas resoluciones.

²⁸ “Bolivia y el CIADI: crónica de un divorcio anunciado”, en *¡Soberanía de los pueblos o intereses empresariales!*, Ed. Fundación Solón, REDES-Amigos de la Tierra Uruguay, Bolivia, 2008, <http://www.redes.org.uy/category/publicaciones/page/2/>

IV. IMPACTO DE ESTOS TRATADOS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

De lo dicho hasta ahora se desprende que estos tratados tienen un fuerte impacto negativo sobre los derechos humanos y de los pueblos, entre ellos:

A) El derecho a la libre determinación de los Estados y de los pueblos. Al proteger a los inversores contra las “expropiaciones indirectas” o la pérdida de “ganancias esperadas” los Tratados bilaterales están subvirtiendo el derecho soberano de los Estados receptores a establecer políticas tributarias, salariales o de protección social que los inversores podrían considerar que afectan sus “ganancias esperadas” y que podrían constituir una “expropiación indirecta”. También los Estados pierden con estos Tratados la facultad soberana de que los litigios suscitados en su propio territorio sean dirimidos ante sus tribunales nacionales.

B) El derecho al desarrollo, entendido como el derecho de los pueblos a decidir las opciones para lograr su plena realización económica, política, social y cultural, tanto en el plano individual como colectivo, sin interferencias externas.

En el comunicado de prensa en el que presentaba su Informe sobre el comercio y el desarrollo de 2007, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (CNUCED, UNCTAD en inglés) se dice, entre otras cosas, respecto de los tratados comerciales bilaterales: *“Ha habido una proliferación de tratados regionales y bilaterales de libre comercio o acuerdos de comercio preferencial, muchos de ellos entre países desarrollados y países en desarrollo. Estos acuerdos presentan a menudo dilemas difíciles para los gobiernos de los países en desarrollo y los países con economías en transición y pueden tener unos costos más elevados de lo previsto. Dichos acuerdos pueden ofrecer a menudo ventajas transitorias, como un mayor acceso a los mercados y un aumento de la inversión extranjera directa (IED), pero también limitar la acción de los gobiernos que puede ser importante para el crecimiento de industrias competitivas a medio y largo plazo. Las autoridades de los países en desarrollo deberían pensárselo dos veces antes de concluir tales acuerdos. Los actuales países industrializados y los países en desarrollo que han registrado un crecimiento económico espectacular en los últimos años empezaron protegiendo sus industrias incipientes y permitiéndoles desarrollar sus capacidades para hacer frente a la competencia internacional. En cambio, (...) los tratados de libre comercio o los acuerdos de comercio preferencial entre países desarrollados y países en desarrollo exigen a menudo una fuerte reducción de los aranceles impuestos a los productos industriales, con lo que los fabricantes nacionales quedan expuestos a una abrumadora competencia extranjera. De este modo las naciones más pobres pueden verse en la imposibilidad de desarrollar sus sectores industriales. Tales acuerdos tienden también a reducir el control de los países en desarrollo sobre la inversión extranjera directa (IED). (...) La tendencia a concertar tales acuerdos, conocida a veces como ‘nuevo regionalismo’, significa apartarse del multilateralismo y es arriesgada. Dichos acuerdos incluyen a menudo disposiciones que van más allá de las normas y reglamentos vigentes de la OMC en ámbitos tales como la inversión, los derechos de propiedad intelectual, la política de competencia y las compras del sector público. O bien tratan asuntos que se han excluido del programa de las negociaciones comerciales multilaterales. Por ello, muchas de estas disposiciones reducen las opciones de que disponen las autoridades de los países en desarrollo para aplicar políticas activas de apoyo de la industrialización y el cambio estructural. (...) Los acuerdos bilaterales y*

regionales ponen en peligro la coherencia del sistema comercial multilateral y pueden limitar las ventajas de los acuerdos de cooperación regional ya existentes entre países en desarrollo. Al evaluar los posibles beneficios y costos económicos y sociales de concluir tratados bilaterales o regionales de libre comercio Norte-Sur, los países en desarrollo no sólo deberían tener en cuenta los posibles cambios en las exportaciones e importaciones resultantes de la apertura de los mercados y los posibles aumentos de la IED, sino también considerar la repercusión de esos acuerdos en su capacidad de utilizar diversas políticas e instrumentos para perseguir una estrategia de desarrollo a más largo plazo. En vez de suscribir el 'nuevo regionalismo', los países en desarrollo pueden estudiar otros ámbitos de cooperación con asociados de la misma región geográfica y de un nivel de desarrollo económico similar, en un espíritu de auténtico regionalismo. Esto podría ayudarles a reforzar sus estrategias de desarrollo nacional e integración en la economía mundial, aprovechando las ventajas de la proximidad, la similitud de intereses y la complementariedad económica. La motivación de un país en desarrollo para concertar un acuerdo bilateral con un país desarrollado es obtener concesiones de que no disfrutaban otros países, en particular un mejor acceso a los mercados para sus productos. Los tratados de libre comercio Norte-Sur pueden ofrecer a los países en desarrollo nuevas oportunidades comerciales y una mayor IED, pero eso no equivale a lograr progresos en el desarrollo. Un aumento del comercio y de la IED es deseable tan sólo cuando fomenta el desarrollo y el cambio estructural. A cambio de un mayor acceso a los mercados, el país en desarrollo puede verse obligado a renunciar no sólo al control sobre la IED sino también sobre las compras del sector público, y puede tener que observar normas más estrictas sobre los derechos de propiedad intelectual. También puede ser presionado para que lleve a cabo una liberalización más amplia y profunda del comercio de bienes y servicios de la que se ha acordado en el marco de la OMC. A diferencia de las negociaciones multilaterales, las bilaterales crean un clima de 'liberalización competitiva'. Es decir, los países pueden sentirse obligados a concluir tratados de libre comercio por temor a perder competitividad con respecto a otros países en desarrollo que concluyen tratados de ese tipo con el mismo socio comercial. Por otra parte, los beneficios que los países en desarrollo pueden conseguir de las negociaciones bilaterales Norte-Sur se ven restringidos por su posición negociadora generalmente más débil. Muy a menudo no pueden aprovechar todos los beneficios derivados de las mayores oportunidades de acceso a entre otras cosas los mercados que ofrecen los tratados de libre comercio debido a su limitada capacidad de oferta y comercialización y a su escasa competitividad, y al mantenimiento de las subvenciones a sectores 'sensibles' de los países desarrollados, y porque las empresas locales no suelen ser capaces de cumplir las normas de origen restrictivas que se aplican a los bienes destinados a ser exportados a los socios desarrollados. Y las preferencias negociadas por un país en desarrollo con un socio desarrollado pueden erosionarse con rapidez si ese país desarrollado concluye también tratados de libre comercio con otros países en desarrollo."²⁹ (nuestros los subrayados)

C) El derecho a la soberanía permanente sobre los recursos naturales y el derecho -para toda la población- al acceso a los servicios públicos esenciales. El caso del agua forma parte del proceso de entrega de los recursos naturales a compañías transnacionales y de la privatización de los servicios públicos esenciales.

29 Cf. UNCTAD/PRESS/PR/2007/025, 5 de septiembre de 2007,
www.unctad.org/Templates/webflyer.asp?docid=8948&intItemID=1528&lang=3

El derecho humano al agua está implícito en los principales instrumentos internacionales y está explícitamente invocado en el párrafo 24 de la Observación General nº15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “el acceso físico, en condiciones de igualdad y a un costo razonable, a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables”.

Las inversiones extranjeras en el sector de los servicios de agua potable y saneamiento han dado lugar a por lo menos una docena de litigios ante tribunales arbitrales contra diferentes gobiernos. Diez de estos casos fueron presentados contra Argentina y otros dos lo fueron contra Bolivia y Tanzania. Los gobiernos invocaron en su defensa el derecho humano al agua y los inversores (por ejemplo en el caso Suez y otros c/Argentina) respondieron que el derecho humano al agua “no se aplica” en el arbitraje³⁰.

D) El derecho a un medio ambiente sano. Hay numerosos casos en diferentes países de explotaciones mineras que producen graves daños ambientales pero si se los invita a retirarse o a invertir en medidas destinadas a proteger el medio ambiente pueden demandar al Estado receptor ante el tribunal arbitral internacional por “expropiación indirecta” y/o pérdida de las “ganancias esperadas”. Véase, en la nota 12, el caso *Metalclad*.

E) Los derechos laborales y sociales. Como se ha señalado en A) el inversor puede considerar que un aumento de salarios o un incremento del aporte del empleador a la seguridad social implica una pérdida de sus “ganancias esperadas”. Además, los Estados receptores, a fin de atraer las inversiones extranjeras a su territorio, les ofrecen condiciones más ventajosas limitando y restringiendo los derechos laborales.

F) El derecho a la salud. Resume bien la cuestión Paul Hunt, Relator Especial de la extinta Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho a la salud, en su informe sobre la misión a Perú: “Cuando el Relator Especial realizó su misión, el Gobierno del Perú estaba negociando un acuerdo comercial bilateral con los Estados Unidos. Con todo y que el acuerdo se puede referir a muchas cosas, en el presente informe el Relator Especial focaliza la posible repercusión del acuerdo en el acceso a medicamentos esenciales en el país. Le preocupa que el acuerdo cause restricciones “OMC-plus” como nuevas normas sobre las patentes y la inscripción que impidan el acceso de las personas que viven en la pobreza a los medicamentos esenciales”.³¹

Las sociedades transnacionales farmacéuticas pueden bloquear la difusión de los medicamentos genéricos extendiendo la vigencia de las patentes más allá de los 20 años mediante la inclusión del criterio de “nuevos usos” de las patentes. Esto quiere decir que un medicamento que actualmente se utiliza para tratar una enfermedad podría beneficiarse con un nuevo monopolio de 20 años si se demostrara que es eficaz para tratar otra enfermedad. Siempre con el objetivo de prolongar la validez de las patentes, se ha llegado a dar el caso de empresas transnacionales farmacéuticas que modifican algunas moléculas de su medicamento ya existente, sin que haya una verdadera invención. Por otro lado, el actual Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre el derecho a la salud recientemente ha expresado una

30 Un análisis detallado de estos casos se encuentra en el documento de Luke Eric Peterson citado en la nota 20.

31 Cf. E/CN.4/2005/51/Add.3, para. 47 y 48. Puede verse también: Javier Llamaza, “Tratados comerciales y acceso a medicamentos en el Perú” en *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, v. 26, Nº4, oct./dic. 2009.

especial preocupación por la práctica que consiste en “obtener patentes nuevas de un medicamento ya patentado modificándolo ligeramente”³².

Además, en los tratados bilaterales que está negociando Estados Unidos con muchos países puede quedar suprimido el mecanismo de las “licencias obligatorias” -una de las salvaguardas más importantes de las reglas de propiedad intelectual previstas por la OMC- que permite a los Estados saltar las barreras de las patentes y fabricar o comprar fármacos genéricos en caso de emergencia pública. El derecho de las “licencias obligatorias” está reconocido en los Acuerdos de Propiedad Intelectual de Comercio (ADPIC) de la OMC, que fueron reforzados con una declaración en la IV reunión ministerial de la OMC en Doha (Qatar) en noviembre de 2001. Estados Unidos se opuso a esta salvaguarda de la salud pública y pretende reducirla a una lista mínima de enfermedades. En la Conferencia sobre el SIDA, celebrada en Bangkok en julio 2004, fue denunciada la grave restricción a la difusión de los medicamentos genéricos como resultado de los tratados bilaterales.

El derecho a la salud puede ser afectado también por la contaminación del medio ambiente provocado por, entre otras, las actividades de minería, particularmente las realizadas a cielo abierto.

G) El derecho a la seguridad alimentaria. Como se ha dicho al final del Capítulo II la obligación cada vez más extendida para los agricultores de utilizar (pagándolas para cada siembra) semillas genéticamente modificadas, limita de manera importante la capacidad productiva de millones de agricultores en todo el mundo. Los tratados bilaterales comerciales no sólo no oponen obstáculo alguno a esa práctica, sino que la facilitan.

Dichos tratados también facilitan un fenómeno que en los últimos años está tomando proporciones alarmantes: el acaparamiento, por sociedades transnacionales o con fondos estatales de países extranjeros, de tierras agrícolas en América Latina, África y Asia, lo que implica el desplazamiento de los agricultores locales. Se estima en unas 40 millones de hectáreas la superficie de tierras agrícolas así apropiadas.

En abril de 2010 el Banco Mundial realizó una conferencia de dos días para tratar el problema del acaparamiento de tierras. Vía Campesina, FIAN, Land Research Action Network y GRAIN produjeron una declaración conjunta diciendo que la iniciativa del Banco Mundial sirve únicamente para facilitar el acaparamiento de tierras y dieron las razones para detener dicho acaparamiento. Esas y otras organizaciones dijeron que la solución real a la alimentación del mundo se basa en el respaldo al cultivo familiar-comunitario enfocado a mercados locales y regionales y no en la agricultura industrial para las agroempresas globales³³.

H) El derecho a la libertad de expresión y a la identidad cultural. Estos tratados bilaterales abren ampliamente las puertas de los Estados a los monopolios internacionales de la comunicación y a sus productos llamados culturales.

Por ejemplo en una ley de medios de comunicación aprobada en octubre de 2009 en Argentina, supuestamente destinada a democratizar la comunicación y a impedir la existencia de monopolios, en el artículo 25, luego de establecer en los incisos b) y c) limitaciones a la participación del capital extranjero, en la segunda parte del

32 *Informe anual del Relator Especial sobre el derecho a la salud*, Anand Grover, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/11/12, § 34, 31 de marzo de 2009.

33 La declaración LVC-FIAN-LRAN-GRAIN, junto con la lista de grupos que apoyaron la declaración, está disponible en árabe, castellano, francés e inglés en www.grain.org/o/?id=104

inciso c) dice: “Las condiciones establecidas en los incisos b) y c) no serán aplicables cuando según tratados internacionales en los que la Nación sea parte se establezca la reciprocidad efectiva en la actividad de servicios de comunicación audiovisual”. Es decir que las declaraciones de intención antimonopólicas de la ley quedan bloqueadas por los tratados comerciales bilaterales vigentes.

Un ejemplo de la imposición de los llamados productos culturales es el del tratado bilateral Corea del Sur-Estados Unidos, donde figura la reducción del cupo obligatorio de días en que las salas de cine deben exhibir películas surcoreanas, de 146 días a 73 días al año, de manera tal que pudieran exhibirse más películas estadounidenses.

V. DIVERSAS MANERAS DE LIBERARSE DE ESTOS TRATADOS

Si existe la voluntad política de hacerlo, se puede salir de la trampa de los tratados bilaterales de libre comercio y de promoción y protección de inversiones, restablecer el derecho público nacional e internacional y defender y promover los derechos humanos. ***Hasta ahora, prácticamente ningún Estado ha utilizado, pudiendo hacerlo, algunos de los mecanismos que se enumeran a continuación para liberarse de estos tratados o, por lo menos, para renegociarlos.***

A) Denunciando los Tratados

Denunciando los Tratados cuando concluye su vigencia para evitar su reconducción automática. Pero el comienzo de la vigencia de un tratado o su tácita reconducción pueden ser recientes y en ese caso el momento en que se lo pueda dar por terminado al finalizar su vigencia puede estar muy lejano. Sin embargo, en general los tratados incluyen un mecanismo de denuncia que puede formalizarse en cualquier momento durante su vigencia, aunque sus efectos son suspensivos, es decir que la denuncia produce sus efectos transcurrido cierto lapso.

B) Invocando la preeminencia de una norma jerárquicamente superior

El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, dice lo siguiente: “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y otros Tratados y Convenciones internacionales de derechos humanos y ambientales revisten el carácter de normas imperativas de derecho internacional general que no pueden ser vulneradas por otros tratados o acuerdos internacionales, so pena de nulidad de estos últimos.

C) Restableciendo la competencia territorial de los tribunales nacionales

En muchos tratados bilaterales de comercio y de inversiones, en el TLCAN-NAFTA (Tratado de Libre Comercio de América del Norte) y en el proyectado ALCA- ZLEA (Zona de Libre Cambio de las Américas) se incluye una cláusula de renuncia a la

jurisdicción nacional en favor de tribunales arbitrales para dirimir conflictos entre un particular inversor y el Estado receptor de la inversión.

Esta renuncia implica el abandono de la llamada “doctrina Calvo”, que se basa en los principios de la soberanía nacional, de la igualdad entre ciudadanos nacionales y extranjeros y de la preeminencia de la jurisdicción territorial. Según la doctrina Calvo los Estados soberanos gozan del derecho de estar libres de cualquier forma de interferencia por parte de otros Estados y los extranjeros tienen los mismos derechos que los nacionales y, en caso de pleitos o reclamaciones, los extranjeros tendrán la obligación de agotar todos los recursos legales ante los tribunales locales sin pedir la protección e intervención diplomática de su país de origen.

La doctrina Calvo, formulada por el jurista argentino Carlos Calvo en el siglo XIX, está incorporada a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (artículo 15); al Pacto de Bogotá (artículo 7), a la Resolución 3171 del 17 de diciembre de 1973 la Asamblea General de las Naciones Unidas (*Soberanía permanente sobre los recursos naturales*), punto 3, y a varias Constituciones nacionales³⁴.

D) Efectuando el control de constitucionalidad de los tratados

Los tratados internacionales pueden ser sometidos al control de constitucionalidad, a fin de que los Tribunales nacionales determinen si son conformes con la parte dogmática de la Constitución en lo que se refiere a los derechos y garantías contenidos en ella y más particularmente con las normas internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía de *jus cogens* (normas imperativas de derecho internacional)³⁵.

E) Verificando si existen en la celebración y aprobación de un Tratado vicios insanables que acarreen su nulidad

En la aprobación de un Tratado pueden haber vicios de procedimiento que acarreen su nulidad. Por ejemplo cuando está previsto en la ley o en la Constitución nacional el control constitucional previo y éste no se efectúa.

Otra causa de nulidad de un Tratado son los vicios de fondo.

A ellos se refiere la Sección 2 (artículos 46 a 53) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que lleva el título *Nulidad de los tratados*.

Ya nos hemos referido en B) al art. 53 de la Convención de Viena.

Según el art. 46 de la misma Convención puede ser causa de nulidad de un Tratado si ha sido celebrado en violación manifiesta de una norma de importancia fundamental del derecho interno de una de las partes que celebró el Tratado.

Combinando los artículos 46 y 53 sería causa de nulidad de un Tratado su celebración en violación de los derechos y garantías fundamentales consagrados en la Constitución del Estado y en las principales normas del derecho internacional de

34 Constituciones de Argentina (art. 116); de Bolivia (art. 24); de El Salvador (art. 98 y 99); de Ecuador (art. 14); de Guatemala (art. 29); de Perú (art. 63, 2° c); de Venezuela (art. 151), etc.

35 En enero de 2005 el Consejo de los canadienses, la Unión de Trabajadores Postales del Canadá (CUPW) y el Comité sobre los problemas de la pobreza (CCPI)- the Council of Canadians, the Canadian Union of Postal Workers (CUPW), and the Charter Committee on Poverty Issues (CCPI)- **denunciaron la inconstitucionalidad del NAFTA** ante un Tribunal superior del Canadá **por privar a los tribunales canadienses de la competencia que les atribuye la Constitución, entre otras materias, para entender en las demandas de inversores extranjeros contra el Estado**. Véase http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/disp/cupw_archive-en.asp y la ponencia de Steven Shrybman presentada en el Taller internacional sobre el ALCA y los tratados bilaterales organizado por el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA) en Bogotá los días 29 y 30 de marzo de 2005. Publicado en: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, *Juicio al libre comercio. Aspectos jurídicos de los TLC*. El Otro Derecho N° 33. Editores: Margarita Flórez, Héctor Moncayo y Libardo Herreño. Bogotá, diciembre de 2005.

los derechos humanos, como los derechos a la salud, a la alimentación, a una vivienda adecuada, a la educación, etc.

F) Invocando la nulidad de un Tratado celebrado por autoridades de un Estado que, al hacerlo, han violado su mandato

Las autoridades de un Estado que han firmado y ratificado un Tratado con cláusulas que vulneran la soberanía de dicho Estado y los derechos fundamentales de la población, además de cometer graves delitos que podrían incluir el de traición, han violado su mandato, que consiste en desempeñar sus funciones en el marco de la Constitución, de las leyes y de las normas internacionales fundamentales, obligatorias para todos los Estados. El Tratado será nulo, por haber una de las partes violado su mandato y la otra parte no podrá alegar la ignorancia de ese hecho para sostener la validez del Tratado, cuando la violación del mandato fuere manifiesta.

Y, muy especialmente:

G) Promoviendo iniciativas populares legislativas, referendos revocatorios, y/o acciones judiciales contra los tratados ya vigentes o en trámite de negociación, contrarios a la soberanía y a los intereses nacionales

Según los países, la consulta popular es **obligatoria** o **facultativa**. A su vez, la **obligatoria** puede ser **obligatoria automática**, cuando se está frente a un caso previsto específicamente en la Constitución, y **obligatoria acotada** a determinados procedimientos, que sólo son iniciados cuando surge una situación predefinida (por ejemplo, un conflicto entre el Ejecutivo y el Congreso que no se pueden solucionar en el marco del sistema representativo).

A su vez, las **consultas facultativas** se dividen en dos grupos: (a) cuando la iniciativa proviene “**desde arriba**” (es decir cuando son los órganos estatales los que tienen de manera exclusiva el derecho de poner en marcha el mecanismo), y (b) cuando la iniciativa proviene “**desde abajo**”, es decir de la propia ciudadanía. En los casos de iniciativas “desde arriba” éstas pueden provenir del Ejecutivo, del Congreso o de ambos de manera coordinada. En los casos de iniciativas “desde abajo” es importante precisar cuál es la barrera a sortear (porcentaje o número mínimo de firmas de ciudadanos) para poner en marcha el mecanismo.

Por su carácter, los resultados de las consultas populares pueden ser **vinculantes o no**, y en caso de ser vinculantes **con o sin exigencia de un determinado quórum**.

Por ejemplo en Colombia, el artículo 103 de la Constitución dice: “Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará”. Y la ley 134 de 1994 reglamenta la iniciativa popular y normativa, el referendo, el referendo aprobatorio y el referendo derogatorio³⁶.

Cuando se intentan acciones judiciales, la legitimación activa, es decir la capacidad para actuar, quien o quienes presentan la denuncia pueden invocar que están directamente afectados. Es el fundamento clásico de una acción judicial: la lesión de

³⁶ Véase *Mesa de trabajo: las reformas sociales que Colombia necesita*, realizada por numerosas organizaciones populares: CUT, CGTD, CPC, Plataforma DESC, ILSA, ANUC, etc., noviembre 2004.

un derecho subjetivo. Si varias personas han iniciado separadamente la acción pueden pedir la acumulación de las demandas en razón de que el autor del daño es el mismo en todos los casos.

Pero modernamente la legitimación activa se ha extendido a la defensa de los intereses difusos, como está establecido, por ejemplo, en los artículos 88 de la Constitución colombiana, 43 de la Constitución argentina y 42 del Código General del Proceso (CGP) de Uruguay.

El demandante no invoca una lesión directa a sus derechos subjetivos sino una lesión causada a una cantidad indeterminada e indeterminable de personas.

Generalmente se invoca la defensa de los intereses difusos cuando se trata de daños al medio ambiente³⁷. Pero nada impide aplicar dicho instituto cuando se trata de la violación de otros derechos fundamentales de la colectividad en general o de una colectividad particular³⁸.

Agradecimientos

Esta publicación ha recibido apoyo del Estado de Ginebra, de Pain pour le Prochain y de Emaús Internacional. Se inscribe en el marco del Programa Derechos Humanos del CETIM, apoyado a su vez (julio de 2010) por la Dirección de Desarrollo y de la Cooperación – Suiza (DDC), por la Ciudades de Ginebra y de Lausanne, de las Comunas de Lancy y de Onex y Caritas Suiza.

Derechos de reproducción

Esta publicación está disponible en francés, inglés y español.

Su reproducción y/o traducción a otras lenguas están no sólo autorizadas sino que se alienta a hacerlo, con la condición de mencionar la edición original y de informar al CETIM.

37 Sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires del 19 de marzo de 2008 en el caso “Spagnolo, César c/Municipalidad de Mercedes s/amparo”. Comentada por Pablo Peredo en la Revista de Derecho Ambiental, Abeledo Perrot, N°17, abril 2009.

38 Sentencia del Juzgado letrado de primera instancia de lo contencioso administrativo de Montevideo, Uruguay, en el amparo “Salle Lorier, Gustavo y otro c/Ministerio del Interior”. En este caso dos abogados, Salle y Chimuris, interpusieron un recurso a fin de que “cesen las condiciones infrahumanas de quienes son judicialmente privados de su libertad” y “se protejan los derechos humanos de las personas que están o vayan a estar en centros carcelarios del país”. En este caso se aceptó la legitimación activa de los abogados cuyos derechos subjetivos no estaban afectados y a favor de personas afectadas actualmente *y que podrían estar afectadas en el futuro*.