

LOS TRATADOS REGIONALES, SUBREGIONALES Y BILATERALES DE LIBRE COMERCIO Y EL CIADI

Alejandro Teitelbaum*

I. 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 nacionales y la legislación destinada a promover el desarrollo armónico nacional y las derechos laborales y sociales.

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 esto 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 regresión a una especie de derecho feudal o corporativo, que se suele llamar “lex mercatoria” pero que va mucho más allá de los usos y costumbres en el ámbito del comercio. Este derecho corporativo o neofeudal funciona en el interés exclusivo del gran capital transnacional y de los Estados ricos y en detrimento de los derechos fundamentales de los Estados llamados periféricos y de sus pueblos.

Con la agravante de que está acompañado de un fuerte sistema coercitivo para asegurar su aplicación: multas, sanciones y presiones económicas, diplomáticas, militares, etc.

Y 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 CIADI, que es un organismo del Banco Mundial¹.

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

Los tratados bilaterales (2000 aproximadamente en vigor en todo el planeta), son poco 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.*

Los tratados internacionales son fundamentalmente los celebrados en el marco de la Organización Mundial del Comercio.

Entre los Acuerdos regionales cabe destacar el Tratado de libre comercio de América del Norte (TLCAN) entre Estados Unidos, Canadá y México que rige desde 1994 y el CAFTA (Central American Free Trade Agreement). Existen además el Tratado europeo de Maastrich

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

y otras estructuras regionales como la ASEAN (Asociación de Naciones del Este de Asia), el AFTA (ASEAN Free Trade Area) y la APEC (Asia Pacific Economic Cooperation). El Proyecto de Tratado Constitucional europeo, que fue preparado por los gobiernos sin participación popular alguna, estaba destinado a ser una pieza maestra en Europa de este derecho antidemocrático y neoliberal al servicio del poder económico transnacional. Pero tuvo que ser dejado de lado porque para entrar en vigor requería la ratificación unánime de los Estados Miembros y fue rechazado en los referendos realizados en Francia y en Holanda. Después se elaboró un nuevo texto que firmaron los Gobiernos europeos en Lisboa el 13 de diciembre de 2007.

A diferencia del proyecto de Tratado Constitucional, el nuevo texto conserva los tratados vigentes (Tratado de la Comunidad europea de 1957 y de Maastrich de 1992) aunque con modificaciones.

Para evitar los tropiezos sufridos por el Proyecto de Tratado Constitucinal en los países donde hubo referendos, esta vez todos los Gobiernos evitaron la consulta popular y el Tratado de Lisboa fue aprobado en todos los países por vía parlamentaria, salvo en Irlanda donde se sometió a referendo porque así lo dispone la Constitución y fue rechazado en junio de 2009. Pero fue aprobado en un nuevo referendo convocado por el Gobierno de Irlanda en octubre de 2009 y 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 de una normatividad y una práctica de las instituciones europeas poco democráticas y al servicio del gran capital.

La Unión Europea está negociando una serie de acuerdos regionales de asociación económica, (*Economic Partnership Agreements*- EPA), con países pobres. Los EPA son 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). 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.

La UE sostiene que los EPA integrarán a los países ACP a la economía mundial, promoverán el desarrollo sustentable y contribuirán a la erradicación de la pobreza.

Los convenios propuestos bajo el Pacto de Cotonu eliminarían los aranceles a los productos de importación y facilitarían a los países de la UE la venta de bienes subsidiados.

La UE negocia acuerdos similares con otros países pobres.

II. Los tratados bilaterales comprenden fundamentalmente tratados de promoción y protección de inversiones extranjeras (TPPI), de libre comercio (TLC), 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.

Esto es lo que está ocurriendo en América. 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 acarrearía la aprobación del ALCA ². 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.

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.

1. 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 el Derecho Internacional clásico 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, pero en virtud de la doctrina Calvo (véase “infra” 5, 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 en las condiciones pactadas en el tratado.

Esta relación asimétrica que establecen los TPPI (la palabra RECÍPROCA que contiene la sigla APPRI es totalmente engañosa) son en beneficio exclusivo de grandes empresas de los

² 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. 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.

países más industrializados y en perjuicio de Estados poco desarrollados. Eso explica el hecho de que no existan tales tratados entre grandes potencias.

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”. Las 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 TLCAN ³.

³ En 1996 la empresa estadounidense *Metalclad* demandó al gobierno mexicano por violar el capítulo 11 del TLC, cuando 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 <http://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

6. 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 5.

7. 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 convertibles ⁴.

2. LOS TRATADOS BILATERALES DE LIBRE COMERCIO.

Mientras el ALCA parece estancado, como continuación del proceso iniciado por los TPPI y por las reformas “neoliberales” de las leyes nacionales sobre inversiones extranjeras, varios países están negociando tratados bilaterales de libre comercio con 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 estadounidense ⁵.

Chile es el primer país del continente americano cuyo Gobierno firmó y su Parlamento aprobó en octubre de 2003, un tratado bilateral de libre comercio con Estados Unidos, el que entró en vigor en enero de 2004.

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

⁴ 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 con Francia, España, Perú, Chile y Cuba; Costa Rica y México firmaron 11, Perú 22, Uruguay 24 y Venezuela 22.

Cuba, por su parte, entre 1993 y 2002, firmó 62 de esos tratados, la mayoría con países poco desarrollados, pero también con Italia, España, Gran Bretaña, Alemania, Holanda, Austria, China y Rusia.

⁵ 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.

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. Los cuatro primeros países mencionados ya lo ratificaron. Costa Rica postergó su decisión a raíz de la fuerte oposición popular a la ratificación. Finalmente el 7 de octubre de 2007 la ratificación o rechazo del Tratado fue sometida a referendun, el que dió por resultado la aprobación de la ratificación por el 51% por ciento de los votantes. Luego comenzó un proceso de aprobación legislativa de “leyes de implementación” del Tratado y este entró en vigor en enero de 2009. Pero los opositores al tratado tratan de bloquear dichas leyes de implementación y en marzo de 2010 lograron hacerlo con el último de dichos proyectos de ley llevándolo en consulta a la Sala Constitucional.

La República Dominicana negoció su ingreso al Acuerdo, que pasó a llamarse CAFTA-RD. y lo ratificó en 2005, pero después Estados Unidos promovió enmiendas al mismo para introducir nuevas concesiones ⁶.

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 ⁷.

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 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

⁶ El CAFTA tendrá efectos devastadores sobre las magras economías centroamericanas. Se ha dicho que «Negando la posibilidad de que las pequeñas economías centroamericanas puedan gozar de un trato especial y diferenciado en virtud de las dramáticas asimetrías existentes con relación a la economía estadounidense, el CAFTA va más allá de los planteamientos de la Organización Mundial de Comercio (OMC) al introducir un trato idéntico para las inversiones, independientemente de su tamaño, capacidad competitiva y posicionamiento en el mercado. El CAFTA introduce dos principios: trato nacional y trato de nación más favorecida. Ambos tratamientos buscan eliminar cualquier discriminación para las inversiones extranjeras, lo cual se traduce en la práctica en un tratamiento discriminatorio para las inversiones centroamericanas, que registran muy bajos niveles de competitividad »(Raúl Moreno (CDC y Red SINTI TECHAN, El Salvador).

Los sectores más afectados serán la agricultura y la industria textil. Esta última representa el 80 % de las exportaciones de Honduras y El Salvador, el 56% de Guatemala y el 13 % ciento de Costa Rica. No podrá competir con los textiles más baratos de China, India y Pakistán, que ingresarán vía Estados Unidos a partir de 2005 (Miguel Schyfter, Presidente del Consejo Centroamericano de Textil y Confección).

⁷ En febrero de 2010 el embajador de Panamá ante la Organización de las Naciones Unidas Unidas, Pablo Thalassinis, reconoció que Panamá ha votado últimamente a favor de Israel en la Asamblea General, por ejemplo contra el Informe de Richard Goldstone que acusa a Israel y al grupo palestino Hamas de cometer crímenes de guerra en los combates registrados a fines de 2008 y principios de 2009 en la franja de Gaza y en su entorno para obtener que instituciones judías de Estados Unidos influyan sobre el Congreso de dicho país a fin de que desbloquee la ratificación del TLC Panamá/Estados Unidos.

país, a diferencia de Colombia y Perú, no aceptará un tratado de libre comercio con la Unión Europea.

Vale la pena analizar en detalle el TLC Chile-Estados Unidos, para tener una idea de lo que significan estos Tratados.

Resumimos a continuación el análisis que ha hecho el economista chileno Julián Alcayaga, Presidente del Comité de Defensa y Recuperación del Cobre de Chile, en un documento que presentó al Tribunal Constitucional chileno alegando la inconstitucionalidad del tratado. 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.

El artículo 10.1 (a) se aplica a los inversionistas de EEUU en Chile, el artículo 10.1 (b) a las inversiones cubiertas, es decir las inversiones de EEUU que ya existen en Chile, y el artículo 10.1 (c), se aplica a las inversiones en Chile provenientes de cualquier país del mundo pero sólo con relación a lo que estipulan los artículos 10.5 y 10.12. Este artículo 10.1 (c), es una violación de la soberanía chilena, pues se le impone a Chile obligaciones con inversores de otros Estados que no son partes en el Tratado y con los cuales Chile nada ha negociado.

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 Tratado ⁸.

⁸ Sobre la interpretación totalmente restrictiva de las « cláusulas ambientales », puede verse el laudo *Metalclad*, párrafos 96, 98, 109 y 111. Véase nota 189.

Los demás artículos de este capítulo, conciernen solamente a los inversionistas de EEUU. El artículo 10.9 llamado 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".

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.

Estas disposiciones, que restringen las facultades de las autoridades chilenas en materia tributaria, son manifiestamente violatorias de la soberanía chilena e inconstitucionales. Según el art. 10.9, el aumento de las regalías también puede ser considerado como una medida equivalente a la expropiación.

Además, el art. 10.9 sobre Expropiación e indemnización, al establecer que la indemnización debe basarse en el valor de mercado y no debe excluir los derechos sobre yacimientos mineros, viola la disposición decimoséptima transitoria de la Constitución de 1925, que en el inciso quinto de la letra a) establece: "En conformidad a lo dispuesto en el inciso cuarto del N° 10 del artículo 10 *no habrá lugar a indemnización alguna por los derechos sobre yacimientos mineros*", disposición que está vigente por mandato de la disposición tercera transitoria de la Constitución de 1980 que establece: "La gran minería del cobre y las empresas consideradas como tal, nacionalizadas en virtud de lo prescrito en la disposición 17° transitoria de la Constitución Política de 1925, continuarán rigiéndose por las normas constitucionales vigentes a la fecha de promulgación de esta Constitución". La no indemnización por la nacionalización o expropiación de concesiones mineras es absolutamente lógica y concordante con el inciso sexto del N° 24 del art. 19 de la Constitución que establece: "El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas". Es doblemente inconstitucional entonces, que el Estado tenga que indemnizar por recuperar, mediante expropiación, lo que le pertenece y que sólo había entregado en concesión.

Con relación a la solución de controversias, en la sección B del capítulo 10, en el artículo 10.15 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 que es parte en una controversia, y Parte sólo se les llama a los Estados firmantes de un tratado.** Por 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 en forma tácita 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". En este caso los bienes situados en Chile que corresponden a inversiones de EEUU, y las inversiones de cualquier país del mundo de acuerdo con los artículos 10.5 y 10.12, no se registrarán por leyes chilenas, pese a lo que dice el artículo 16 del Código Civil.

El Tribunal Constitucional chileno ya ha dictaminado sobre la delegación de facultades jurisdiccionales a tribunales internacionales. El último dictamen sobre esta materia fue el Rol N° 312 del 3 de octubre 2000, con relación a las facultades jurisdiccionales que los requirentes atribuían a la Comisión Administradora del Tratado Minero con Argentina, el Tribunal Constitucional resolvió : *"La Presidente subrogante Ministro señora Luz Bulnes Aldunate, concurre al fallo en el entendido que los artículos 5, 18, 19 y 20 del Tratado no crean un tribunal con facultades jurisdiccionales. Queda en claro que la Comisión Administradora es sólo un mediador y las 'otras funciones' que se le pueden otorgar por el artículo 18 tendrán ese mismo carácter. Si así no fuera, se trataría de un tribunal internacional al que se le habría delegado soberanía y sus resoluciones obligarían al Estado de Chile. Para ello sería menester que se reformaran los artículos 5, 73 y 79 de la Constitución Política. Teniendo presente estas consideraciones, la señora Ministro concurre a la sentencia de autos"*.

Además, el Tribunal Constitucional, dijo que "si un tratado contiene normas propias de la ley orgánica constitucional, debe someterse a control preventivo y obligatorio de constitucionalidad por este Tribunal, al igual que los proyectos de ley orgánica constitucional".

Como se ve, el Tratado bilateral de comercio celebrado por Chile con Estados Unidos plantea numerosos problemas constitucionales. Y la Constitución de Chile en el artículo 82, inciso 2° establece que corresponde al Tribunal Constitucional resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso. Es decir, establece una especie de *control preventivo* de los Tratados, antes de que sea ratificado por el Congreso.

Sin embargo, la mayoría de los parlamentarios chilenos no tuvieron inconveniente en votar la ratificación del tratado sin consultar al Tribunal Constitucional.

A fines de 2003 el Tribunal Constitucional resolvió no acoger a tramitación la petición presentada para que se declarase inconstitucional el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. El Tribunal rechazó la solicitud, argumentando que "teniendo a la vista únicamente el hecho de que las personas no tienen derecho a presentar al Tribunal Constitucional sus observaciones, porque eso contradice el artículo 82 respecto a nuestras atribuciones legales, no consideramos los argumentos (de fondo)".

3. 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.

El UPOV es un tratado celebrado en 1961 del que eran miembros hasta 1994 sólo 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 “piratería genética”. 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 vivas obtenidas con manipulaciones genéticas ⁹.

Así es como con los tratados bilaterales que obligan a adherir al UPOV desaparece la posibilidad que tienen los Estados miembros del ADPIC de excluir de sus leyes de patentes a las plantas y a los animales.

Aparte de los abusos que se cometen con el patentamiento de seres vivos, pues se patentan genes y otros materiales vivos existentes en la naturaleza ¹⁰, con las reformas introducidas en 1991 al UPOV 78 se suprimió totalmente el derecho fundamental del agricultor a guardar o intercambiar con otros agricultores para la siembra siguiente semillas que tengan “derechos de obtentor” registrados ¹¹.

Los siguientes son dos ejemplos de la utilización abusiva del patentamiento de seres vivos (en este caso semillas transgénicas).

Monsanto demandó a dos agricultores canadienses de apellido Schmeiser el pago de regalías a raíz de que plantas nacidas de semillas transgénicas transportadas por el viento o por insectos desde predios vecinos crecieron espontáneamente en sus campos. La transnacional acusó a los agricultores de violar su patente de canola (colza) transgénica, resistente al herbicida *Roundup*, también fabricado por Monsanto.

El 21 de mayo de 2004 la Corte Suprema de Canadá emitió la sentencia definitiva en el caso.

Los Schmeiser nunca utilizaron la canola transgénica: sus campos se contaminaron porque el viento y los insectos fueron los vectores de la contaminación de sus cultivos y no lo supieron hasta que Monsanto envió sus inspectores a sacar muestras y una carta amenazándolos con llevarlos a juicio si no pagaban los miles de dólares que estimaba le debían por regalías. Distintos tribunales dictaron sentencias contra los Schmeiser sosteniendo que, aunque no se podía demostrar su culpabilidad, deberían haber advertido a Monsanto que podría haber

⁹ Véase más arriba, en este mismo Capítulo, el párrafo 3 a): *El Acuerdo relativo a los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC, TRIPS en inglés)*.

¹⁰ Véase Jeremy Rifkin, *Le siècle biotech*, Ed. La Découverte, Paris, 1998.

¹¹ Véase Silvia Ribeiro, *Campesinos, biodiversidad y nuevas formas de privatización*, en América Latina en Movimiento, N° 384, febrero 2004. www.alainet.org. www.etc.group.org

plantas contaminadas accidentalmente y pedirle que las retirara, o de lo contrario se estaban "aprovechando" de los genes patentados. Por esta razón, los condenaron a pagar casi 20 mil dólares de multas y regalías y más de 150 mil dólares por los gastos de juicio, además de que Monsanto los amenazó con nuevos juicios por haber denunciado públicamente el caso. La sentencia de la Corte Suprema, por cinco votos contra cuatro, afirmó que la patente sobre genes de canola transgénica es válida también en las plantas contaminadas, y por tanto los Schmeiser estaban ¡"privando a Monsanto del pleno gozo de su monopolio"! al "usar" plantas que contenían genes con su patente. Sin embargo, la Corte estimó que los Schmeiser no tenían que pagar nada a Monsanto, porque no sacaron provecho alguno de la canola transgénica, ya que nunca usaron el herbicida *Roundup*.

Según Pat Mooney, director del Grupo ETC, con sede en Canadá, "Monsanto consiguió una patente inflable. Ahora puede decir que sus derechos se extienden hasta cualquier cosa en la que se introduzcan sus genes, ya sean plantas, animales o humanos". La Corte de Canadá fue incluso más allá de la ley de patentes de Estados Unidos -notoriamente pro monopólica-, porque sentenció que la patente sobre un gen se extiende a cualquier organismo superior que contenga al gen patentado. "Bajo este veredicto, la expansión de la contaminación se convierte en una estrategia rentable de las corporaciones para extender sus monopolios", dijo Mooney ¹².

El otro caso, también protagonizado por Monsanto, se refiere a la producción y exportación de soja transgénica en Argentina.

En 1996 el Gobierno argentino autorizó el cultivo comercial de la soja transgénica. Fue uno de los primeros países del mundo en hacerlo después de Estados Unidos, haciendo caso omiso del principio de precaución. La superficie sembrada de soja, que en ese entonces era de un millón de hectáreas, creció exponencialmente y en 2010 alcanza, según el Ministerio de Agricultura, a los 18,2 millones de hectáreas, casi toda ella soja transgénica *Roundup Ready* patentada por Monsanto.

En 1996 Monsanto tenía sumo interés en difundir y rentabilizar sus OGM y encontró en Argentina un campo propicio para esos fines.

Las semillas de soja RR de Monsanto se vendían a bajo precio y a veces hasta se regalaban.

Los agricultores guardaban semillas para la siembra siguiente sin pagar regalías a Monsanto por su patente. Se consideraban amparados por la legislación argentina que los autorizaba a hacerlo y también por la UPOV 78. Monsanto, por su parte, durante un tiempo no formuló reclamos, pese a que se consideraba con derecho a cobrar las regalías.

Pero cuando la soja RR estuvo bien implantada en Argentina y se convirtió en una actividad vital para la economía de dicho país, Monsanto decidió pasar a la ofensiva, denunciando el uso «ilegal» de las semillas de soja RR y exigiendo el pago de regalías por todas las semillas RR utilizadas, incluso las guardadas por los agricultores para la siembra siguiente.

Los agricultores y el Gobierno argentino rechazaron el reclamo de la empresa transnacional y Monsanto contraatacó intentando cobrar en Europa a los importadores europeos, que son los principales compradores de soja argentina y de sus derivados, las regalías no pagadas en Argentina, de acuerdo con la «teoría» de Monsanto de que tiene derecho a cobrarlas allí donde se encuentre el gen que tienen patentado.

Por cierto que los importadores europeos no quieren y consideran que no tienen por qué pagar el sobreprecio que les quiere imponer Monsanto y la parte argentina se encuentra en la difícil

¹² Silvia Ribeiro, *La Jornada*, México, 25 de mayo 2004.

alternativa de pagar lo que les reclama la sociedad trasnacional o correr el riesgo de perder a los compradores más importantes de su principal producto de exportación. Monsanto llevó el litigio a la Corte de Justicia de la Unión Europea, basándose en los derechos que le conferirían sus patentes europeas de las semillas RR. Pero en marzo de 2010 sufrió allí un primer revés cuando el Abogado General de la Corte dictaminó que: “La patente que Monsanto tiene en la Unión Europea (UE) para su soja Roundup Ready no debería extenderse para cubrir las importaciones de harina de soja procesada al bloque”. Este dictamen del abogado general debe aun ser confirmado por la Corte.

III. EL CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON LAS INVERSIONES (CIADI)

En enero de 2010 habían firmado el Convenio del CIADI 155 Estados y 144 de ellos lo habían ratificado.

El derecho corporativo o neofeudal al servicio de las sociedades trasnacionales 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.

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 CIADI¹³. 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 trasnacionales 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 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:

Presentación: El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) fue establecido como resultado del Convenio sobre Solución de Controversias entre Estados y ciudadanos de otros Estados que entró en vigencia el 14 de octubre de 1966, como

¹³ **Paul Wolfowitz**, ex Secretario adjunto de defensa de Estados Unidos y uno de los principales promotores de la agresión contra Irak, fue elegido por unanimidad el 31 de marzo de 2005 Presidente del Banco Mundial por el Directorio de dicha institución financiera. Con tal Presidente del CIADI, los Estados que aceptaron sus tribunales arbitrales para dirimir controversias con los inversores trasnacionales, podían saber que serían tratados como territorio ocupado. Con su reemplazante desde julio de 2007, **Robert Zoellick**, no cabe esperar una actitud diferente. Zoellick fue Secretario de Estado adjunto de Condolezza Rice en el Gobierno de Bush, quien lo propulsó como presidente del Banco Mundial en 2007. Formó parte del círculo restringido de consejeros de Bush en política internacional, junto con otras figuras ultraconservadoras.

una institución especialmente designada para facilitar la solución de controversias entre gobiernos e inversionistas extranjeros.

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. (<http://www.worldbank.org/icsid>)

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

En febrero de 2009 fue designada Secretaria General del CIADI la señora Meg Kinnear, quien asumió en junio del mismo año. La señora Kinnear es una jurista canadiense que hizo la mayor parte de su carrera en la administración de su país, especialmente defendiendo los intereses canadienses en materia de derecho comercial internacional.

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.

No es arbitrario ni subjetivo decir que Presidente del Tribunal Arbitral, que debe su nombramiento al Presidente del Banco Mundial, está comprometido con los intereses de la empresa litigante, porque el Banco Mundial representa esos intereses y ello 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 Estados. (Fuente: Banco Mundial, Financiamiento del Banco Mundial, web.worldbank.org).

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*”. 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, fieles en esa época a la Doctrina Calvo (véase, más adelante, el punto 5, c), se opusieron **unánimemente** a la creación de un tribunal arbitral internacional para dirimir conflictos entre los Estados e inversores extranjeros ¹⁴.

Después soplaron otros vientos « neoliberales » y hoy forman parte del CIADI la mayoría de Estados latinoamericanos, muchos de los cuales adhirieron en el decenio de 1990 ¹⁵. También muchos Estados latinoamericanos han adherido a la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) ¹⁶.

Haití ratificó el CIADI en noviembre de 2009. En la misma región sólo Brasil, Cuba, y México no han firmado el CIADI y la República Dominicana hasta ahora no lo ha ratificado.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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., la Revolución Cubana en 1959. Todos esos movimientos, salvo la revolución cubana, se frustraron, como resultado de sus propias inconsecuencias, combinada siempre con la presión económica y la intervención militar directa 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 (incluida la ley cubana) 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.

¹⁶ La Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) fue establecida el 12 de abril de 1988 **como una organización miembro del Grupo del Banco Mundial**. MIGA tiene un Reglamento de Arbitraje para Controversias en los Contratos de Garantía de la Agencia de Garantías en Inversiones Multilaterales (1990). <http://www.miga.org/>

En mayo de 2007 Bolivia, Nicaragua y Venezuela anunciaron que se iban a retirar del CIADI, pero sólo Bolivia comunicó su retiro en el mismo mes de mayo ¹⁷.

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

Pese al anuncio de 2007, en 2010 Nicaragua y Venezuela siguen siendo parte del CIADI. En febrero de 2008 la Asamblea Nacional de Venezuela adoptó una resolución a favor del retiro de CIADI, pero Venezuela no sólo no se retiró sino que aceptó la jurisdicción del CIADI en el conflicto que tiene con Exxon Mobil.

En otros continentes cabe destacar que la India no forma 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 someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado.*

El sometimiento al arbitraje 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 perder¹⁸.

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

¹⁷ 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.

¹⁸ *Bolivia y el CIADI: crónica de un divorcio anunciado*, en “Soberanía de los pueblos o intereses empresariales”. Publicado por la Fundación Solon, Redes Amigos de la Tierra Uruguay y Redes. La Paz, Bolivia, diciembre de 2008.

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 Controversias 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.

IV. 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.

Hay diversas maneras de lograrlo :

a) 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 puede 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 y en el proyectado ALCA 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 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 nacionales ¹⁹.

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)²⁰.

e) Verificando si existen vicios insanables en la celebración y aprobación de un Tratado, 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 2) 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 los

¹⁹ 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, 2º c); de Venezuela (art. 151), etc.

²⁰ 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.

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.

g) Promoviendo iniciativas populares legislativas, referendos revocatorios, etc. 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 no solucionable en el marco del sistema representativo).

A su vez, las *consultas facultativas* se dividen en dos grupos: 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 derogatorio ²¹.

En cuanto a las acciones judiciales, el artículo 88 de la Constitución colombiana dice: «La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos ». Este artículo fue reglamentado por la ley 472 de 1998.

²¹ Véase *Mesa de trabajo: las reformas sociales que Colombia necesita*, realizada por numerosas organizaciones populares: CUT, CGTD, CPC, Plataforma DESC, ILSA, ANUC, etc., Bogotá, noviembre 2004.

El artículo 43 de la Constitución argentina contiene una disposición similar.

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 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 ambiente²². 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 particular²³.

* Fragmento de mi libro LA ARMADURA DEL CAPITALISMO. EL PODER DE LAS SOCIEDADES TRANSNACIONALES EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO, Icaria-Antracyt, Barcelona, 2010.

²² 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, Buenos Aires, abril 2009.

²³ 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.**