



:: [portada](#) :: [Economía](#) :: [Textos y documentos](#)

03-09-2004

El ALCA está entre nosotros

Los tratados bilaterales de libre comercio (Parte I)

Alejandro Teitelbaum

ARGENPRESS

Ponencia presentada en el III Congreso Internacional - Derechos y Garantías en el Siglo XXI. Asociación de Abogados de Buenos Aires. Buenos Aires, 8, 9 y 10 de setiembre de 2004. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

'Los grandes no son tan grandes, lo que sucede es que nosotros estamos de rodillas'.

Pedro Albizú Campos.

Introducción

El planeta está envuelto en una densa trama de convenios y tratados económicos y financieros internacionales, regionales y bilaterales que han subordinado o suplantado los instrumentos básicos del derecho internacional y regional de los derechos humanos (incluido el derecho a un medio ambiente sano), las Constituciones nacionales, la legislación económica orientada al desarrollo nacional y las leyes laborales y sociales tendentes a mitigar las desigualdades y la exclusión.

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.

Tal situación puede también darse de hecho, por ejemplo, en el caso del acuerdo celebrado en abril 2004 entre el MERCOSUR y la CAN (Comunidad Andina de Naciones). Si - por hipótesis - dicho acuerdo no establece limitaciones para que un país miembro del CAN invierta en el sector servicios de un país miembro del MERCOSUR o exporte a este último determinados bienes, una empresa de servicios o productora de esos determinados bienes de una gran potencia instalada en un país miembro de la CAN podrá invertir en el sector servicios de un país miembro del MERCOSUR o exportar a este último esos determinados bienes.

El riesgo del sistema que hemos llamado de 'vasos comunicantes' entre la CAN y el MERCOSUR será mayor y puede afectar sectores tales como los servicios de salud, el derecho a fabricar medicamentos genéricos, etc., si se concretan los tratados bilaterales de libre comercio que están negociando Colombia, Ecuador y Perú con Estados Unidos. Además, por supuesto, de los graves efectos que dichos tratados tendrán directamente sobre los pueblos de esos países andinos.

Dicho en otros términos, un país periférico, o una subregión, pueden funcionar como 'caballo de Troya' del poder transnacional en otro país periférico o subregión.



El Canciller de Brasil, Celso Amorim, en una reunión con cancilleres centroamericanos celebrada a fines de abril de 2004, sugirió iniciar tan pronto como sea posible conversaciones para negociar un Acuerdo de Libre Comercio entre el MERCOSUR y Centroamérica. Si esto llegase a ocurrir, los países centroamericanos que han firmado a fin del 2003 el CAFTA (Central American Free Trade Agreement) con Estados Unidos se desempeñarían como 'caballo de Troya' en el MERCOSUR.

Para evitar, solo en pequeña parte, el efecto 'caballo de Troya', los Estados Partes en el MERCOSUR firmaron en Buenos Aires el 5 de agosto de 1994 el Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados No Partes del MERCOSUR. En su artículo 1º el Protocolo dice que los Estados Partes se comprometen a no otorgar a las inversiones realizadas por inversores de Terceros Estados un tratamiento más favorable que el que allí se establece. Pero por falta de ratificaciones este Protocolo no ha entrado en vigor. De modo que el efecto 'caballo de Troya' puede seguir funcionando en el MERCOSUR.

Para decirlo en lenguaje informático, por esta red mundial de tratados bilaterales, regionales e internacionales circula libremente el virus del ultraliberalismo que, cuando penetra en un país, destruye las economías nacionales y las conquistas sociales, así sean mínimas.

El 'antivirus' para evitar la contaminación consiste en establecer normas protectoras del desarrollo armónico de la economía nacional complementadas con una justicia distributiva de los resultados y tener la voluntad política de aplicar ambas.

Tal cosa existió en cierta medida en algunos países de nuestro continente hace varios decenios, lo que se reflejó en varias leyes nacionales sobre inversiones extranjeras, en la legislación social y en la Decisión Nº 24 del 31 de diciembre de 1970 del Acuerdo de Cartagena. Pero tanto las normas protectoras de la economía nacional como la voluntad política de aplicarlas son ahora inexistentes.

Todo esto comporta, como dice Lander, 'el establecimiento de la plena prioridad de los derechos del capital, o derecho mercantil, sobre los derechos democráticos o derechos de la gente, movimiento que se expresa en varias tendencias que se han venido dando en el sistema internacional durante las últimas décadas. Entre éstas, ha sido particularmente significativo el progresivo desplazamiento de las Naciones Unidas y de sus organizaciones asociadas por las instituciones de Bretton Woods (Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional), como centros del sistema institucional multilateral...

...Como resultado de la hegemonía del neoliberalismo que acompaña el nuevo orden unipolar, cada uno de los principales asuntos de la vida colectiva pasa a ser pensado y decidido desde una óptica cada vez más estrechamente mercantil...

...Se consolidan -como régimen jurídico de obligatorio cumplimiento- las políticas de liberalización y privatización que se habían impuesto a prácticamente todos los países del Sur. Esto es, mediante acuerdos internacionales, se busca hacer que estas políticas no puedan ser revertidas.

La principal consecuencia de todo lo anterior es que se avanza en la constitucionalización del ideal del fundamentalismo neoliberal de separar la actividad económica y la operación del mercado de toda exigencia e incidencia desde el ámbito de la democracia. Una vez que se han transformado en normas internacionales de obligatorio cumplimiento, la capacidad de los procesos políticos democráticos para modificarlas queda drásticamente reducida '....

Se trata, entonces, de una 'feudalización' del derecho, de un derecho corporativo opuesto al derecho público nacional e internacional, que 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 el agravante de que este derecho corporativo está acompañado de un fuerte sistema coercitivo



para asegurar su aplicación: multas, sanciones económicas, presiones económicas, diplomáticas y 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.

En el plano internacional existen los acuerdos celebrados en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), entre ellos el Acuerdo relativo a los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC, TRIPS en inglés), el Acuerdo sobre las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio (de bienes) (TRIM) y el Acuerdo General sobre el comercio de servicios (AGCS, GATS en inglés).

Regionalmente cabe destacar el Tratado de libre comercio de América del Norte (TLCAN, NAFTA en inglés), el CAFTA (Central American Free Trade Agreement) que es el Acuerdo de libre comercio entre los países de América Central y Estados Unidos ya firmado por cuatro países centroamericanos en diciembre de 2003 y la proyectada Area de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

No nos referiremos aquí, por ser ajenos al objetivo de este trabajo, al Tratado europeo de Maastrich ni a otras estructuras regionales como la ASEAN (Asociación de Naciones del Este de Asia), el AFTA (ASEAN Free Trade Area) ni a la APEC (Asia Pacific Economic Cooperation). Podemos, sin embargo, señalar que forman parte de la APEC Chile, Perú, México, Canadá y Estados Unidos y que sus objetivos son: a) mantener el crecimiento económico regional y el desarrollo para el bien común de sus pueblos y contribuir al crecimiento y desarrollo de la economía mundial; b) acentuar las ganancias positivas (regionales e internacionales) derivadas de la creciente interdependencia económica a través del flujo de bienes, servicios, capital y tecnología; c) desarrollar y fortalecer el sistema de comercio multilateral en el interés de todas las economías del Asia Pacífico y d) reducir las barreras comerciales en bienes, servicios e inversiones entre los participantes. Como puede apreciarse, la APEC es otra brecha abierta en América Latina a la recolonización de las economías nacionales.

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

Miles de estos tratados bilaterales están en vigor, 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. Más adelante nos referiremos a los tres primeros tipos de tratados.

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.

Lo mismo ocurre en el plano regional: Estados Unidos ha logrado hacer aprobar a marchas forzadas el CAFTA en América Central a fin de estar en mejor posición para negociar el ALCA.

Y en la negociación del ALCA, la propuesta de un ALCA 'light' es una aplicación de la misma táctica: dejar para la negociación bilateral las cuestiones más controvertidas.

Este proceso de neocolonización económica y política no puede desvincularse en nuestro continente de la creciente y amenazadora presencia y actividad militar estadounidense: bases cuyo número e importancia no cesa de aumentar, maniobras militares conjuntas, 'asesores militares', Plan Colombia, Plan Puebla - Panamá, tropas en Haití con la bendición 'ex post-facto' del Consejo de Seguridad, etc.



En las secciones siguientes nos referiremos a los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones extranjeras (TPPI), a las leyes de inversiones extranjeras, a los tratados bilaterales de libre comercio, a los tratados bilaterales sobre propiedad intelectual y a los tribunales arbitrales y finalizaremos sugiriendo algunas pistas jurídicas para salir de la trampa de los tratados bilaterales.

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

Dice Mariana Herz: 'Las recetas del Consenso de Washington desembocaron, a finales de los ochenta y principios de los noventa, en la transformación política y económica de los Estados de Latinoamérica caracterizada por la liberalización de la economía, la reforma del Estado, la desregulación y las privatizaciones.

'Esa apertura fue acompañada del diseño de instrumentos jurídicos acordes a los objetivos perseguidos y, particularmente en materia de inversiones, se caracterizó por un abandono de la función ordenadora del Estado y sustitución por una política de atracción casi siempre indiscriminada de capitales extranjeros. Siguiendo las recetas institucionales internacionales, el término 'inversión extranjera' se transformó en sinónimo de crecimiento económico y desarrollo y para conseguirlo los Estados recurrieron a soluciones unilaterales y bilaterales, ora modificando la legislación nacional, ora suscribiendo Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras (TPPI).

'Estos tratados son suscritos por Estados pero los derechos que acuerdan se confieren a los particulares y, para asegurarse de que esto sea así, 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 nacional de un Estado Parte y el Estado receptor de la inversión distinto del Estado de nacionalidad del inversor. El incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones asumidas en un TPPI hace surgir la responsabilidad internacional del Estado receptor por los daños ocasionados. La novedad radica en que el procedimiento para hacer cesar tal conducta u obtener un resarcimiento se aparta del sistema clásico de Derecho Internacional.

En el sistema clásico el particular no goza del ius standi (acceso directo al tribunal) y por ende es el Estado de su nacionalidad el que hace suyo el reclamo a través de la Protección Diplomática, pero por virtud de la doctrina Calvo esto solo puede suceder una vez que el particular afectado ha agotado los recursos administrativos y judiciales establecidos por en la legislación nacional del Estado que se pretende demandar.

En el sistema de los TPPI esto se modifica ya que se admite el acceso directo de los particulares a la instancia arbitral internacional en las condiciones pactadas en el tratado. Se les reconoce así el ius standi .

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 tratado, 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.
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': los inversores extranjeros con domicilio en los Estados partes en el Tratado deben gozar, por lo menos, de las mismas ventajas concedidas a los inversores extranjeros domiciliados en cualquier otro Estado.



4. Los 'requisitos de desempeño' 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. 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. En algunos casos la situación del Estado receptor es peor que en el TRIM, 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. En 1996 la empresa norteamericana 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.

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 viene de señalar 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.

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 .

Los TPPI firmados por Argentina cumplen escrupulosamente con las exigencias del poder económico transnacional. El acuerdo celebrado con Estados Unidos el 14 de noviembre de 1991, en vigor desde el 20 de octubre de 1994, es un modelo en ese sentido. Puede encontrarse el texto de este tratado en

http://www.ftaa-alca.org/ngroups/ngin/publications/spanish99/binv_aus.asp

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

Alejandro Teitelbaum es Abogado, UBA. Diplomado en Rel. Econ. Internacionales en el Inst. de Est. del Desarrollo Económico y Social de la Univ. de Paris I. Representante de la Asociación Americana de Juristas ante los organismos de ONU en Ginebra.