Los tratados bilaterales de libre comercio
(El ALCA está entre nosotros)

Por Alejandro Teitelbaum - Lyon, 16 de abril de 2005

"Los grandes no son tan grandes, lo que sucede es que nosotros estamos de rodillas". Pedro Albizú Campos.

Indice:

- RESUMEN
- INTRODUCCION
- I. LOS TRATADOS BILATERALES DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES EXTRANJERAS (TPPI
- II. LAS LEYES DE INVERSIONES EXTRANJERAS
- III. LOS TRATADOS BILATERALES DE LIBRE COMERCIO
- IV. LOS TRATADOS BILATERALES EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL
- V. LOS TRIBUNALES ARBITRALES INTERNACIONALES
- VI. CÓMO SALIR DEL ATOLLADERO Y RECONQUISTAR LA AUTODETERMINACIÓN NACIONAL.
  1. Denunciar los Tratados
  2. Invocar la preeminencia de una norma jerárquicamente superior
  3. Someter los Tratados al control de constitucionalidad
  4. Recuperar la indeclinable competencia territorial de los tribunales nacionales
  5. Detectar e invocar la existencia de vicios insanables en la celebración y aprobación de un Tratado que acarrean su nulidad
  6. Invocar la nulidad de un Tratado celebrado por autoridades de un Estado que, al hacerlo, han excedido su mandato
  7. Promover iniciativas populares legislativas, referendos revocatorios o aprobatorios contra los tratados ya vigentes o en trámite de negociación, contrarios a la soberanía y a los intereses nacionales

- CONCLUSIÓN

RESUMEN

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.

Regionalmente existen en el continente americano 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, al que se

ha incorporado la República Dominicana, el TLC Países Andinos – Estados Unidos, que están negociando Colombia, Perú y Ecuador con Estados Unidos y la proyectada Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

Los tratados bilaterales comprenden tratados de promoción y protección de las inversiones, de libre comercio, de derechos de propiedad intelectual, de cooperación y de ciencia y tecnología. Y para la solución de controversias entre las partes se prevé la formación, caso por caso, de "tribunales arbitrales internacionales" al margen del sistema judicial de derecho público estatal e internacional.

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

Este proceso de neocolonización económica y política no puede desvincularse en el continente americano de la creciente y amenazadora presencia y actividad militar estadounidense: bases cuyo número e importancia no cesan de aumentar, maniobras militares conjuntas, "asesores militares", Plan Colombia, Plan Puebla – Panamá, golpe de estado franco-estadounidense en

Haití con la bendición ex post-facto del Consejo de Seguridad, etc.

Es la consagración de un sistema en el que las agresiones militares y las agresiones económicas son las dos vertientes de una misma política de dominación mundial.

Esto está claramente expresado 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 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 2l01 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"*.

Frente a la agresión económica los gobiernos de la región capitulan, en algunos casos después de algunas escaramuzas, pues carecen de una auténtica voluntad política de resistir.

Sólo la organización y la movilización de los pueblos del continente pueden cambiar este estado de cosas.

Sin embargo, es el deber de los juristas comprometidos con los intereses populares explicar la realidad de los hechos y las tendencias dominantes y dar algunas pistas en la

esfera de su competencia para salir del atolladero, ayudando así a un proceso de adquisición de conciencia de las grandes mayorías.

En ese plano, existen diversos recursos que se pueden utilizar a fin de cortar los lazos de subordinación al poder económico transnacional en que se hallan muchos Estados, creada por esta red de tratados:

a) Denunciar los Tratados;
b) Invocar la preeminencia de una norma jerárquicamente superior;
c) Someter los Tratados al control de constitucionalidad;
d) Recuperar la indeclinable competencia territorial de los tribunales nacionales;
e) Detectar e invocar la existencia de vicios insanables en la celebración y aprobación de un Tratado que acarrean su nulidad;
f) Invocar la nulidad de un Tratado celebrado por autoridades de un Estado que, al hacerlo, han excedido su mandato.
g) Promover iniciativas populares legislativas, referendos revocatorios o aprobatorios contra los tratados ya vigentes o en trámite de negociación, contrarios a la soberanía y a los intereses nacionales.

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 **[1].**

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 o servicios.

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 **[2]**, etcétera, si se concreta el Tratado bilateral de libre comercio (TLC Países Andinos – Estados Unidos) que están negociando Colombia, Ecuador y Perú con Estados Unidos. Además, por supuesto, de los graves efectos que dicho tratado tendrá 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 fuera 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 Parte 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 Parte 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 **[3].**

Pero tanto las normas protectoras de la economía nacional como la voluntad política de aplicarlas **son ahora inexistentes**. Todo esto comporta, como dice Lander**, [4]** “*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 la 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 la solución de controversias entre las partes se prevé la formación, caso por caso, de tribunales arbitrales internacionales 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 **[5]** el TLC Países Andinos – Estados Unidos, que están negociando a marchas forzadas Colombia, Ecuador y Perú con Estados Unidos y bajo la intensa presión de este último y la proyectada Área 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 promoción y protección 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 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**. 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 tratados bilaterales con otros países y 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 cesan de aumentar, maniobras militares conjuntas, “asesores militares”, Plan Colombia, Plan Puebla – Panamá, golpe de Estado franco-estadounidense en Haití con la bendición ex post-facto del Consejo de Seguridad, etc.

Los gobiernos que firman tales tratados y los parlamentarios que votan su ratificación, entregando así los atributos esenciales de la soberanía nacional a potencias extranjeras y al poder económico transnacional, actúan como verdaderos quislings al servicio de los agresores y explotadores de sus propios pueblos.

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 internacionales y finalizaremos sugiriendo algunas pistas jurídicas para salir de la trampa de los tratados bilaterales.

[1] Como se verá más adelante, estos tratados protegen a los inversores extranjeros contra las « expropiaciones indirectas ». Una mejora en las condiciones laborales dispuesta por las autoridades nacionales, puede ser considerada por el inversor como una « expropiación indirecta » porque reduce sus « ganancias esperadas »

La Red de Acción Ciudadana frente al Comercio e Inversión SINTI TECHAN-El Salvador, publicó en febrero de 2005 un documento titulado La inconstitucionalidad del TLC entre CA-República Dominicana y Estados Unidos Análisis del marco jurídico y constitucional de El Salvador. En el Capítulo I, Regresión y desprotección en materia laboral, se dice: « El capítulo 16 del TLC, referido a derechos laborales, ha sido promocionado como una cláusula de protección y garantía a los derechos laborales.

Sin embargo, al revisar sus principales contenidos se constata que ofrece un marco débil y regresivo no acorde con el marco constitucional … En conclusión, el capítulo 16 referido a derechos laborales no reconoce y protege todos los derechos

reconocidos por la Constitución, ni las convenciones internacionales, ni asegura protección frente a sus violaciones derivadas del TLC ». En materia laboral, los TLC que liberalizan los servicios afectarán a los profesionales liberales, pues abrirán las fronteras sin restricciones a las empresas estadounidenses prestatarias.

[2] Véase la Sección IV de este trabajo.

[3] Acuerdo celebrado entre un grupo de países andinos el 26 de mayo de 1969. La Decisión Nº 24 se refería al régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías.

[4] Edgardo Lander, El ALCA y los derechos humanos. www.ceim.uquam.ca/textes/construire_lander.pdf

[5] Firmado por El Salvador, Guatemala, Nicaragua y Honduras. Costa Rica pospuso la firma ante la necesidad en la última ronda de negociación y de realizar nuevas consultas. El 5 de Agosto del 2004, la República Dominicana se integró al acuerdo. Guatemala se convirtió en marzo de 2005 en el tercer país del istmo, después de El Salvador y Honduras, en ratificar el TLC.

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).

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 tranformó 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 las 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 ***[6].***

Como veremos más adelante, se desprende del texto de algunos tratados que no sólo el inversor privado tienen acceso al directo al tribunal arbitral internacional sin agotar los recursos internos en el Estado receptor de la inversión, sino que éste no puede tomar la iniciativa de llevar una controversia con el inversor ante dicho tribunal internacional. Es decir que, en el procedimiento arbitral internacional, el Estado, **además de haber cedido su soberanía jurisdiccional, está en inferioridad de condiciones con relación al inversor**.

Veamos cuáles son los principales contenidos de los TPPI en vigor**[7].**

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 Parte 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. También están prohibidos, con algunas excepciones que no cambian lo esencial de la prohibición, en el Tratado de Libre Comercio (TLC) Chile-Estados Unidos (artículo 10.5)**. 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 prohibe 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 **[8].**

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 **[9].**

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 resumido de este tratado en http://www.ftaa-alca.org/ngroups/ngin/publications/spanish99/binv_aus.asp y el texto completo en la ley argentina 24124 sancionada el 26 de agosto de 1992, que ratificó el tratado.

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 **[10].**

[6] *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 », Nº 7. www.reei.org*

[7] *Véase Mariana Herz, op. cit. También puede consultarse Acuerdos Sobre Inversión en el Hemisferio Occidental: un compendio preparado por la Unidad de Comercio de la OEA para el Grupo de Trabajo del Alca sobre inversión en http://www.ftaa-alca.org/Wgroups/WGIN/Spanish/bit_ints.asp#preface.*

[8] *El laudo arbitral en Metalclad Corporation c/Estados Unidos Mexicanos (caso Nº 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 (Chile, Guatemala, El Salvador y Honduras con Estados Unidos) y 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*

[9] *Datos extraídos del un estudio realizado por la Agencia de Desarrollo de Inversiones del Ministerio de Economía de la República Argentina: Inversión extranjera: comparación del marco jurídico en América Latina. http://www.inversiones.gov.ar/documentos/legislacion_ied_esp.pdf*

[10] *No conocemos su contenido. El comentario oficial sobre dichos tratados es el siguiente: Los Acuerdos de Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones (APPRI) son tratados bilaterales basados fundamentalmente en la voluntad de los Estados que deciden de mutuo acuerdo y partiendo del ejercicio de su carácter soberano, establecer condiciones generales que sirvan de estímulo y de garantía para los*

intereses económicos y jurídicos de los inversionistas de cada uno de ellos cuando invierten en el territorio de la otra Parte Contratante.
Este documento define intereses de ambos Estados acorde con sus respectivas legislaciones nacionales, sus cláusulas son de estricto cumplimiento y crean un entorno de gran seguridad y estabilidad jurídica al quedar establecidos importantes conceptos tales como inversionista, persona natural, persona jurídica, territorio y otros. Asimismo, contiene cláusulas que permiten a cada parte conocer previamente el trato que recibirán sus inversionistas en el territorio de la otra parte contratante, de conformidad con lo establecido legalmente para los nacionales y según las normas del Derecho Internacional.

Otras cláusulas de importancia son las referidas a la facilidad para realizar las transferencias de las utilidades y ganancias en general, derivadas de la inversión realizada y las posibles exenciones y disminuciones de las obligaciones fiscales establecidas legalmente.

Por otra parte, en este tipo de acuerdos se dejan establecidas las vías para solucionar conflictos entre el inversionista y una de las Partes Contratantes o entre ambas Partes Contratantes, por lo que existe la seguridad de que las partes cumplirán sus obligaciones porque de no hacerlo funcionará un procedimiento que finalmente los obliga a ello.

No debe dejar de mencionarse como una de las importantes garantías del inversionista extranjero el acuerdo acerca de la adecuada indemnización en caso de una Expropiación, acto jurídico también preestablecido en cuanto a las únicas circunstancias bajo las cuales puede producirse y siempre respaldado por el procedimiento legal correspondiente.
http://www.cubaindustria.cu/webs/acuerdos_protec_inv.htm

II. LAS LEYES DE INVERSIONES EXTRANJERAS.

Las leyes sobre inversiones extranjeras actualmente vigentes en el continente 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", como lo hacían algunas leyes del decenio de 1970.

Se puede consultar un estudio comparativo de las leyes de inversiones extranjeras vigentes en varios países latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Perú, Venezuela y Uruguay) **[11].**

De manera general, puede afirmarse que en los decenios del 80 y el 90 se produjo un enorme retroceso en las legislaciones nacionales de casi todos los países del Continente, en lo que se refiere al control y la gestión de las inversiones extranjeras en función del interés nacional. Y que lo mismo ocurrió en el plano subregional si se comparan las decisiones Nº 24 del 31 de diciembre de 1970 y Nº 291 del 21 de marzo de 1991 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena "Sobre el régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías".

[11] *Fuente citada en la nota 9.*

III. LOS TRATADOS BILATERALES DE LIBRE COMERCIO.

Mientras se discute el ALCA, como continuación del proceso iniciado por los TPPI y por las reformas "neoliberales" de las leyes sobre inversiones extranjeras, varios países, entre ellos Colombia, Ecuador y Perú, 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 que ya tiene preparado y les presenta Estados Unidos, y la negociación consiste en tratar de introducir algunos retoques formales al tratado tipo estadounidense **[12].**

Chile es el primer país del continente 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. También ya ratificaron el TCL Centroamericano con Estados Unidos (CAFTA)

El Salvador , Honduras y, en marzo de 2005, Guatemala.Vale la pena analizar un poco 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.

Se puede considerar que 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 que termina con los anexos que van del 10-A a 10-H.

Respecto de Chile, el artículo 10.1 (a) se aplica a los inversionistas de EEUU, 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 **[13].**

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 Nº 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 17º 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 Nº 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 regirán por leyes chilenas, pese a lo que dice el artículo 16 del Código Civil.

El Tribunal Constitucional chileno ya ha fallado sobre la delegación de facultades jurisdiccionales a tribunales internacionales. El último dictamen sobre esta materia fue el Rol Nº 312 del 3 de octubre 2000, que con relación a las facultades jurisdiccionales que los requirentes atribuían a la Comisión Administradora del Tratado Minero con Argentina, el Tribunal Constitucional dictaminó: *"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 2º 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.

Hasta el momento de escribir estas líneas, el Tribunal Constitucional chileno no se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad del tratado celebrado por Chile con Estados Unidos, alegada por el economista Alcayaga y por otras personas e instituciones.

[12] *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 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. Bipartisan Trade Promotion Authority (Autoridad bipartidaria para la promoción del comercio), conocida también como "Vía rápida para celebrar tratados comerciales" (Fast track) que confirió 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 2l01 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".

Es algo similar a los superpoderes conferidos a Bush para "combatir el terrorismo". La elección, el 31 de marzo de 2005, como Presidente del Banco Mundial de Paul Wolfowitz, Secretario adjunto de defensa de Estados Unidos y uno de los artífices de la agresión contra Irak, es una prueba más de que para la administración estadounidense las guerras de agresión y la estrategia económico-financiera internacional son dos caras de la misma medalla. Si Bush hubiera oído hablar de Clausewitz podría parafrasearlo y decir que la guerra es la continuación de los negocios por otros medios.

[13] *Sobre la interpretación totalmente restrictiva de las « cláusulas ambientales », puede verse el laudo Metalclad, párrafos 96, 98, 109 y 111.*

IV. 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 la misma cuestión que los países ricos celebran con los países pobres en interés de las sociedades transnacionales, 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 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.

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 **[14]**, con las reformas introducidas al UPOV en 1991 se restringió enormemente el derecho fundamental del agricultor a guardar o intercambiar con otros agricultores para la siembra siguiente semillas que tengan “derechos de obtentor” registrados **[15].**

Esta es la situación en que ya se hallan muchos países del Sur y que se generalizará en América Latina y el Caribe si Estados Unidos logra imponer el ALCA **[16].**

En su informe presentado a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2003 (E/CN.4/2003/58) sobre El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental el Relator Especial, Sr. Paul Hunt, señaló los riesgos que representa para el derecho a la salud de los sectores de la población de bajos recursos la apertura del sector servicios de salud a las inversiones extranjeras. Y en su visita a Perú en junio de 2004 (E/CN.4/2005/51/Add.3, párrafos 47 a 51) advirtió que la difusión de los medicamentos genéricos puede resentirse gravemente si entran en vigor algunas disposiciones del Tratado de libre comercio que está negociando dicho país con Estados Unidos.

En efecto, si en los tratados bilaterales se introducen disposiciones relativas a la propiedad intelectual, el resultado va a ser que se restrinjan severamente el acceso a medicamentos esenciales. Esos acuerdos retrasarían e incluso bloquearían la difusión de genéricos.

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.

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.

La Declaración de Doha antepuso la protección de la salud pública a la protección de los intereses privados comerciales y reforzó el derecho de los países a limitar los efectos del monopolio establecido por las patentes cuando se trata de proteger la salud pública y de fomentar el acceso a los medicamentos. 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.

[14] *Véase de Jeremy Rifkin, Le siècle biotech, Ed. La Découverte, Paris, 1998. Algunos consideran que constituye un progreso el Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, 1992), que dejó de lado la idea de que ciertos recursos biológicos y genéticos son patrimonio de la humanidad, para introducir la idea de “derechos soberanos” sobre dichos recursos, los que pueden ser objeto de negociación si hay “consentimiento fundamentado previo”. No es seguro que sea así, pues ello permite la privatización de dichos recursos que pasan a ser propiedad intelectual de sociedades transnacionales, bajo la cubierta de un “derecho soberano” y de “un consentimiento fundamentado previo” negociado entre partes absolutamente desiguales desde el punto de vista económico y en cuanto al conocimiento de lo que se está realmente negociando, a veces a cambio de contraprestaciones irrisorias.*

[15] *Véase Silvia Ribeiro, Campesinos, biodiversidad y nuevas formas de privatización, en América Latina en Movimiento, Nº 384, febrero 2004. www.alainet.org. www.etc.group.org*

[16] *GRAIN y SANFEC : « Trips-plus », entran por la puerta trasera. Los tratados bilaterales imponen normas de derecho de propiedad intelectual sobre seres vivos mucho más rigurosas que la OMC. http://www.biodiversidadla.org/filemanager/download/155/TRIPS%20plus.doc.*

V. LOS TRIBUNALES ARBITRALES INTERNACIONALES.

Este derecho corporativo o neofeudal al servicio de las sociedades transnacionales se completa, como hemos señalado más arriba, con jurisdicciones específicas, los tribunales arbitrales internacionales, también al servicio de las sociedades transnacionales.

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

Actualmente se destaca 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**[17].**

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 (136 de éstos forman parte del CIADI), que aceptan someterse a ese procedimiento.

Los Estados, al aceptar esta jurisdicción para dirimir conflictos de igual a igual (en realidad, como se verá, en inferioridad de condiciones) con empresas privadas, renuncian a una prerrogativa fundamental de la soberanía como es la competencia territorial de sus tribunales nacionales.

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 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, cargo que desempeña actualmente el peruano Roberto Dañino, cuya biografía sucinta puede leerse en la nota 14, donde se puede apreciar que dicho señor no constituye precisamente una garantía de imparcialidad y de sensibilidad por los derechos de los pueblos.

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 la Sección VI. 4 de este trabajo), se opusieron **unánimemente** a la creación de un tribunal arbitral internacional para dirimir conflictos entre los Estados e inversores extranjeros **[18].**

Después soplaron otros vientos « neoliberales » y hoy forman parte del CIADI una quincena de Estados latinoamericanos, la mayoría de los cuales adhirieron en el decenio de 1990. También muchos Estados latinoamericanos han adherido a la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) **[19].**

Son parte del CIADI y de la MIGA los siguientes países latinoamericanos: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.. Bolivia, Brasil y Haití sólo son parte de la MIGA.

Pero 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.

Otros tribunales arbitrales internacionales. La Corte Permanente de Arbitraje (CPA) con sede en La Haya, 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 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.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA), celebrado entre Canadá, Estados Unidos y México, establece tres mecanismos arbitrales para la solución de controversias: en el capítulo XX un mecanismo general entre Estados, sobre la interpretación y aplicación del NAFTA, en el Capítulo XIX sobre las normas antidumping: el tribunal arbitral examina, a pedido del inversor si el Estado ha violado dichas normas otorgando subsidios o cuotas compensatorias y, finalmente, en la sección B del Capítulo XI se establece le mecanismo de los tribunales arbitrales para los conflictos entre los inversores y los Estados: los inversores pueden solicitar la formación de un tribunal arbitral por violaciones al Capítulo 11 (derechos de los inversores) por parte del Estado anfitrión. Por ejemplo que se le desconozca el trato nacional y el de los inversores de la nación más favorecida, que se le exijan requisitos de desempeño, que se le trabe la libre transferencia de utilidades o que se le impongan medidas de expropiación o equivalentes. Las resoluciones del tribunal arbitral son obligatorias.

Los tribunales arbitrales internacionales han sufrido una evolución paralela al proceso de mundialización capitalista: concebidos inicialmente para dirimir conflictos entre Estados o de derecho privado, nacional e internacional, entre particulares, fueron ampliando su jurisdicción a los conflictos entre Estados y particulares. En este último caso primero solo se ocuparon de las controversias surgidas en la interpretación y aplicación de contratos y luego se extendieron a la responsabilidad extracontractual de derecho privado hasta alcanzar la esfera del derecho público.

Esta última etapa comporta la renuncia a la facultad soberana de los Estados de adoptar decisiones de política nacional relacionadas con el interés general sin interferencias extrañas. Por ejemplo decidir no aceptar una inversión extranjera o cancelarla para proteger el medio ambiente. O adoptar medidas económicas, financieras o tributarias que los inversores extranjeros consideren que afectan sus beneficios actuales o esperados.

Esta evolución de la competencia de los tribunales arbitrales se refleja en los tratados internacionales como el TLCAN (Capítulo XI), el MERCOSUR (Capítulo V del Protocolo de Brasilia) etc. y en numerosos tratados bilaterales de comercio e inversión. Y figura en el proyecto de ALCA. Pero hay algo más: **frente a los tribunales arbitrales internacionales, los inversores particulares y los Estados no tienen iguales derechos, pues los primeros gozan de importantes privilegios.**

Sin duda el más importante de ellos es que, de acuerdo con algunos tratados, sólo el inversor particular puede demandar al Estado y la situación inversa, es decir que sea el Estado el demandante, no está prevista.

Por ejemplo, como se ha señalado más arriba al comentar el Tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos, en el artículo 10.15 de dicho Tratado se establece que el demandante podrá someter a arbitraje una reclamación, si el demandado ha violado una autorización o un acuerdo de inversión. <u>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 del tratado.</u>

Más explícito respecto de esta unilateralidad ante la ley, es el artículo 10.27 llamado Definiciones, que define como **demandado a la Parte que es parte en una controversia, y Parte sólo se les llama a los Estados firmantes de un tratado.**

De acuerdo al Capítulo 11 del NAFTA **el demandante es siempre el inversor y al Estado siempre le corresponde el banquillo del acusado.**

Otro privilegio del inversor: es él quien elige la jurisdicción. Según el artículoVII , 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: Comités de los pactos internacionales de derechos humanos, Corte Interamericana, Tribunal europeo de derechos humanos, etc.**[20].**

Incluso puede llegar a ocurrir que el inversor recurra al tribunal arbitral internacional como instancia de apelación contra un fallo 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 mexicanos**[21].**

Un especialista en la materia ha escrito: *"El principio de la intangibilidad del acto administrativo y la del juez natural para definir la ilegalidad ha venido perdiendo terreno de la misma manera que el principio de la soberanía estatal ha sido socavado por las relaciones internacionales. Los tratados que regulan los aspectos más importantes del comercio consagran la instancia arbitral para definir controversias entre Estados y entre gobierno y particulares, de manera similar a las cortes internacionales permanentes…adquieren tal connotación que llegan a proferir fallos que podríamos calificar de supranacionales, los cuales de manera directa o implícita contienen órdenes para los Estados, encaminadas a sacar del mundo jurídico normas, leyes, decretos y actos administrativos de carácter general o individual, que han sido calificados por los árbitros como contrarios al respectivo tratado, sin que la doctrina y jurisprudencia de hoy duden de la eficacia y validez de dichos laudos, pese a que exista una marcada injerencia en la soberanía estatal"* **[22].**

Véase, por ejemplo, el caso Bechtel contra Bolivia. Bechtel, es una gigantesca empresa transnacional basada en los Estados Unidos y en posición privilegiada para "reconstruir" Irak, es decir para participar en el despojo del patrimonio nacional iraquí. Con Ronald Reagan en la Casa Blanca, gente de Bechtel entró en el gabinete. El entonces presidente de Bechtel, George Shultz, fue secretario de Estado; el consejero general de Bechtel, Caspar Weinberger, fue secretario de Defensa y W. Kenneth Davis, vicepresidente de Bechtel para desarrollo nuclear, ocupó el cargo de vicesecretario de Energía.

Bechtel presentó un reclamo ante el CIADI contra Bolivia por 25 millones de dólares porque su subsidiaria Aguas del Tunari fue expulsada de Cochabamba.

El 3 de septiembre de 1999 se otorgó la concesión de Semapa al consorcio Aguas del Tunari, conformado por Bechtel, International Waters, Abengoa de Servicios Urbanos , de España y socios bolivianos minoritarios.

El 9 de abril de 2000, una masiva movilización - denominada la "guerra del agua" - provocó la salida de Aguas del Tunari de Bolivia.

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 es International Waters, conformado 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 tiene 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 **[23].**

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 tratado. 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".

[17] *En la nota 12 nos hemos referido a Paul Wolfowitz, Secretario adjunto de defensa de Estados Unidos y uno de los principales promotores de la agresión contra Irak, quien fue elegido por unanimidad el 31 de marzo de 2005 Presidente del Banco Mundial por el Directorio de dicha institución finanaciera. Con tal Presidente del CIADI, los Estados que acepten sus tribunales arbitrales para dirimir controversias con los inversores transnacionales, pueden desde ya saber que serán tratados como territorio ocupado. El secretario general del CIADI es, desde setiembre de 2003, Roberto Dañino (sic) , "Boby" para los amigos, Vicepresidente primero del Banco Mundial, quien fue Primer Ministro de Perú en 2001-2002 ocasión en la que llevó a cabo una política tan privatizadora y antipopular que puso al país al borde de la insurrección. Hasta que fue nombrado primer ministro, Dañino vivió en Estados Unidos. Allí tiene influyentes amigos, en especial en los ambientes de la economía y de las finanzas. Trabajó en el estudio estadounidense Wilmer, Cutler&Pickering, donde encabezó la especialización de América Latina. Dirigió el comité de asesores externos del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y es miembro del directorio de diferentes empresas en Perú como el extranjero, entre ellas la gigante Coca Cola en su división para Latino América. Hasta su nombramiento como Secretario general del CIADI fue embajador de Perú en los Estados Unidos.*

[18] *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.*

[19] *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. Su propósito es apoyar el flujo de recursos extranjeros de inversión entre sus países miembros en vía de desarrollo. Ese flujo debe lograrse en condiciones consistentes con sus necesidades de desarrollo, políticas y objetivos, sobre la base de estándares estables para el trato de la inversión extranjera. Esto se logra principalmente facilitando la inversión protegiéndola de los riesgos de fluctuación de las tasas de cambio de las monedas, las expropiaciones, las guerras y los conflictos sociales. MIGA dispone de sus propias Reglas de Arbitraje.*

MIGA apoya a sus países miembros en la solución de controversias con inversionistas. El servicio legal de MIGA ofrece colaboración y orientación a los países miembros que buscan métodos de acercamiento creativos para la solución de sus controversias relacionadas con inversiones. El objetivo de MIGA en estos casos es el de solucionar las controversias antes de que necesiten de un arbitraje formal.

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/

[20] *Véase el laudo Metalclad, párrafo 100. En este caso, el Gobierno de México no objetó que no se agotaran los recursos internos (véase el mismo párrafo 100 del laudo).*

[21] *Citado por Rodrigo Pizarro, Tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos. Un análisis del capítulo de inversiones : las restricciones a las políticas públicas. Publicaciones Terram. http://www.fes-alca.cl/archivos/TLC%20Chile%20Terram.pdf. El autor dice que no tiene información acerca de si esta demanda ha sido acogida.*

[22] *Dr. Jorge Hernán Gil Echeverry, El arbitraje en las relaciones del Estado, en: Revista Iberoamericana de Arbitraje.*

[23] *Diario La Prensa, 1 de octubre de 2002.http://www.aguabolivia.org/prensaX/Prensa/2002/octubre/octubre1/. Finalmente Bechtel y Edison aceptaron el arreglo propuesto por el Gobierno boliviano, pero no Abengoa de España, que pese a ser socio minoritario y haber invertido entre 500 mil y dos millones de dólares sigue reclamando 25 millones de dólares .*

La cuestión del agua sigue agitando profundamente a Bolivia: ahora el pueblo está movilizado por el retiro de la concesión que detenta el Grupo Suez- Lyonnaise des Eaux sobre los servicios de agua de El Alto y La Paz. Cuando parecía que se había ganado la batalla, el presidente Mesa dio marcha atrás.

VI. COMO SALIR DEL ATOLLADERO Y RECONQUISTAR LA AUTODETERMINACIÓN NACIONAL.

De lo dicho precedentemente y de la realidad que surge de los hechos, fuerza es constatar que no es posible concretar actualmente una auténtica integración subregional sudamericana ni regional latinoamericana y caribeña al servicio de los intereses nacionales y populares que haga realmente frente al gran capital transnacional y a sus personeros políticos, porque salvo, en un grado diferente y en cierta medida, las excepciones de Cuba y Venezuela, no existen en los gobiernos, ni en cada país, ni regionalmente, la voluntad, los proyectos políticos, económicos y sociales ni los instrumentos jurídicos necesarios para ello, como existieron hasta cierto punto hace un tercio de siglo.

Sólo la organización y la movilización de los pueblos del continente pueden cambiar este estado de cosas.

Sin embargo, es el deber de los juristas comprometidos con los intereses populares explicar la realidad de los hechos y las tendencias dominantes (que a veces se esconden tras iniciativas circunstanciales y limitadas o gesticulaciones histriónicas [24]) y dar algunas pistas en la esfera de su competencia para salir del atolladero, ayudando así a un proceso de adquisición de conciencia de las grandes mayorías.

En ese plano, existen diversos recursos que se pueden utilizar a fin de cortar los lazos de subordinación al poder económico transnacional en que se hallan muchos Estados, creada por la red de tratados a los que nos hemos referido en los párrafos precedentes.

1. Denunciar los Tratados.

El recurso más directo consiste en denunciar el tratado cuando se avecina la fecha en que concluye su vigencia.

Por ejemplo, el Tratado entre el Gobierno de la República de Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y

Protección Recíproca de Inversiones rige por diez años desde la fecha de su entrada en vigor, el 20 de octubre de 1994, hasta el 20 de octubre de 2004

Se presentó pues la ocasión para Argentina de denunciar este Tratado antes del 20 de octubre de 2004 [25]. Lo mismo pudo hacerse, y no se hizo, con el Tratado con Francia en marzo de 2003.

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.

Existen además otros recursos, a los que nos referimos a continuación, para desligarse de los tratados que son contrarios al interés nacional y a los derechos humanos.

2. Invocar la preeminencia de una norma jerárquicamente superior.

El principio general es que los Tratados deben ser cumplidos: pacta sunt servanda (art. 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados) y que no se pueden invocar las

disposiciones de derecho interno como justificación para el incumplimiento de un Tratado (art. 27 de la misma Convención).

Buena parte de la doctrina y la jurisprudencia sostienen ese principio y consideran que la inobservancia de un tratado constituye un acto ilícito internacional.

Dicho enfoque es correcto en principio, pero no tiene en cuenta una cuestión esencial en derecho internacional: situar a los tratados en el contexto de la jerarquía de las normas. Hay normas que prevalecen sobre otras y éstas últimas son inaplicables cuando contrarían las primeras.

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.

En la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en el resumen de uno de los debates sobre el tema de la responsabilidad de los Estados se dice: *"Ha preocupado el problema del conflicto de obligaciones que se plantearía inmediatamente si todas las normas de derecho internacional se pusieran en el mismo nivel. Convendría entonces prever en el proyecto de artículos una disposición instaurando una jerarquía de esas diferentes normas, incluyendo en el capítulo V una disposición mencionando las obligaciones erga omnes (de validez universal) o las obligaciones imperativas de derecho internacional…"* **[26]**.

Como resultado de esa preocupación, el artículo 21 del Proyecto de la CDI del año 2000 sobre responsabilidad de los Estados dice*: "La ilicitud de un hecho de un Estado quedará excluida si, en las circunstancias del caso, el hecho es exigido por una norma imperativa de derecho internacional general"* **[27]**.

Por ejemplo, un tratado no puede llevar a permitir violar las normas internacionales en materia de protección del medio ambiente, pues dichas normas, como ha dicho la Corte Internacional de Justicia en la Opinión consultiva sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares (8 de julio de 1996) y en la sentencia Proyecto Gabcikovo-Nagymaros (25 de setiembre de 1997), forman parte del derecho internacional obligatorio.

Puede citarse también el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, que dice: "En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta".

El Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, destacando la cuestión de la jerarquía de las normas, emitió una declaración en la que se dice: « Mientras que los derechos de propiedad intelectual se pueden atribuir y son de alcance y duración limitados y susceptibles de transacción, enmienda e incluso renuncia, los derechos humanos son eternos y constituyen la expresión de una reivindicación fundamental de la persona humana. Mientras que los derechos humanos tienen por objeto garantizar un grado satisfactorio de bienestar humano y social, los regímenes de propiedad intelectual -aunque tradicionalmente brindan protección a los autores y creadores individuales - se centran cada vez más en proteger los intereses e inversiones comerciales y empresariales" **[28].**

Por su parte, En su resolución 2000/7 del 17/08/2000, la Subcomisión de derechos humanos de la ONU ha dicho:

"Afirma que la protección de los intereses morales y materiales que resultan de toda producción científica, literaria o artística de que una persona es autora es, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 27 de la DUDH y el inciso c) del párrafo 1 del artículo 15 del PIDESC, ***un derecho humano, en los límites del interés general;***

Declara, sin embargo, que dada que la aplicación del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual que se relacionan con el comercio (ADPIC), no tiene en cuenta como debería la naturaleza fundamental de la indivisibilidad de todos los derechos humanos, en particular el derecho de cada persona a disfrutar de las ventajas de los progresos científicos y de sus aplicaciones, del derecho a la salud, a la alimentación y del derecho a la autodeterminación, hay conflictos visibles entre el régimen relativo a los derechos de la propiedad intelectual contenido en el Acuerdo, por una parte, y el derecho internacional relativo a los derechos humanos, por la otra;

Recuerda a todos los gobiernos la primacía de las obligaciones relativas a los derechos humanos sobre las políticas y los acuerdos económicos;"

La Corte Interamericana de derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC/2/82, de 24 de septiembre de 1982 relativa al efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención, se expresó en estos *términos "los tratados modernos sobre derechos humanos en general, y en particular la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de 1os Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a otros contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción".*

También la Comisión Europea de Derechos Humanos, basándose en el Preámbulo de la Convención Europea expresó en el caso 788/ Austria vs. Italia que*:"el propósito de las Altas Partes Contratantes al aprobar la Convención no fue concederse derechos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino realizar los fines e ideales del Consejo de Europa... y establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y regímenes de derechos"* **[29].**

"*De todo esto se concluye - dice Bruni Celli - que mientras el Derecho Internacional Común es un derecho dispositivo en cuanto está a disposición de los Estados que lo crean, lo modifican o lo amplían; el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es por naturaleza un derecho imperativo que si ciertamente es creado por los Estados mediante la aprobación y ratificación, sin embargo los Estados no pueden descrearlo ya que esos tratados contienen estipulaciones a favor de terceros a quienes se les reconocen derechos derivados de su propia e intrínseca dignidad.*

Es así pues como la suerte de los derechos reconocidos en esos tratados no puede depender ya de la voluntad de los Estados que los han ratificado, por la simple razón de que la suerte de ninguna relación bilateral (que en este caso es la relación Estado-ser humano) puede depender de la voluntad de una sola de las partes, en este caso del Estado.

De acuerdo a este razonamiento, los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales sobre la materia vendrían a tener, tal como lo apunta Edmundo Vargas Carreño, una naturaleza similar a aquella institución del Derecho Civil de las "estipulaciones a favor de terceros".

En la medida en que los tratados de derechos humanos son instrumentos jurídicos creados, ratificados y reconocidos por los Estados y que estos otorgan derechos a sujetos que no

concurren a su elaboración, no pueden los Estados unilateralmente desvincularse de su obligación de respetar los derechos de esos "terceros" **[30]**.

Dicho de otra manera, el principio pacta sunt servanda tiene un límite esencial: los Tratados deben ser cumplidos siempre que su aplicación no redunde en la violación de los derechos humanos consagrados internacionalmente.

3. Someter los tratados al control de constitucionalidad

De lo dicho en el párrafo precedente deriva una consecuencia indiscutible: los Tratados internacionales que Bruni Celli llama de Derecho Internacional Común deben 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).**

Este aspecto no ofrece dudas en los casos en que las Constituciones nacionales han incorporado expresamente las principales normas internacionales de derechos humanos, como es el caso de Argentina.

El artículo 75, inciso 22 de la Constitución Argentina ha conferido jerarquía constitucional a las Declaraciones Americana y Universal de derechos humanos, a la Convención Americana y a los principales Pactos y Convenciones de derechos humanos. Otros tratados y convenciones sobre derechos humanos que ratifique Argentina también tendrán jerarquía constitucional si así lo deciden ambas Cámaras del Congreso por el voto de los dos tercios, por lo menos, de la totalidad de sus miembros.

El mismo inciso 22 del artículo 75 reconoce **a los otros tratados** y concordatos una jerarquía superior a las leyes. Superior a las leyes pero jerárquicamente inferiores a la parte dogmática de la Constitución, incluidas las normas internacionales de derechos humanos. El inciso 24 del mismo artículo se refiere a los tratados de integración a los que también atribuye una jerarquía superior a las leyes [31]. Estas disposiciones dan precisión, estableciendo una jerarquía de las normas, al párrafo del artículo 31 de la misma Constitución que dice: *"Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación"…*

El artículo 93 de la Constitución de Colombia dice: *"Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohiben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno".*

Y el artículo 241 dice: *"A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: …10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva".*

La Constitución de Chile no contiene una disposición sobre la jerarquía de los tratados internacionales. En el artículo 82, inciso 2º 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.

Pero se sostiene, a nuestro juicio con acierto, que después de ratificado un Tratado, la Corte Suprema puede ejercer el control de constitucionalidad en un caso particular. *"Porque si sus*

disposiciones lesionaran derechos que la Constitución asegura a todas las personas - dice el profesor Pfeffer Urquiaga- , no se visualiza racionalmente motivo que impida que los sujetos afectados puedan demandar la inaplicabilidad de sus normas si ellas vulneran dichos ordenamientos fundamentales" **[32]**.

Las Constituciones de Bolivia (art. 120, inciso 9), Colombia (art. 241, inciso 10) y Perú (art. 200, inciso 4) establecen el control de constitucionalidad de los Tratados internacionales y la de Ecuador art. 276, inciso 5) el control de constitucionalidad antes de su aprobación por el Congreso.

Aunque muchas constituciones guardan silencio respecto del control de constitucionalidad de los Tratados internacionales, pensamos que es de aplicación general la interpretación que hace el profesor Pfeffer Urquiaga para el caso chileno: un tratado internacional puede ser declarado inaplicable por los tribunales nacionales si viola las garantías fundamentales de la Constitución. Y también si viola las normas imperativas del derecho internacional de los derechos humanos.

4. Recuperar la indeclinable 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. Varios Estados latinoamericanos, al aceptar tal cláusula y aceptar la competencia del

Centro Internacional para el Arreglo de Controversias Relacionadas con las Inversiones (CIADI) han renunciado a una prerrogativa fundamental de su soberanía.

En el ámbito latinoamericano, esta renuncia implica el abandono de un largo combate iniciado en el siglo XIX por Carlos Calvo, plasmado en su Derecho Internacional Teórico y Práctico **[33]**. La llamada «doctrina Calvo » se basa en los principios de la soberanía nacional, de la igualdad entre ciudadanos nacionales y extranjeros y de la competencia territorial de los tribunales nacionales. Según Calvo los Estados soberanos gozan del derecho de estar libres de cualquier forma de interferencia por parte de otros Estados y los extranjeros tiene los mismos derechos que los nacionales y, en caso de pleitos o reclamaciones, 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, que sigue teniendo rigurosa actualidad, respondió desde su formulación a la necesidad de enfrentar la política agresiva y dominante de los Estados Unidos, expresadas en la "doctrina Monroe" y en el "corolario Roosevelt ", y de las grandes potencias europeas frente a las jóvenes repúblicas al sur del Río Bravo. A veces bajo la denominación de "protección diplomática" de sus nacionales y otras en forma de intervenciones armadas directas, como fue el caso del bombardeo de puertos venezolanos en 1902 por parte de fuerzas navales de Alemania, Gran Bretaña e Italia para obligar a Venezuela a pagar deudas a nacionales de dichos países. Este episodio dio lugar a la "doctrina Drago" que rechaza el empleo de la fuerza o la ocupación territorial como medio para obligar a un Estado a pagar sus deudas.

No es necesario, por demasiado conocida, hacer la historia de las intervenciones armadas estadounidenses en América Latina y el Caribe en los últimos 150 años.

Las ideas de Calvo se cristalizaron por un lado en la «cláusula Calvo » consistente en la introducción en los convenios con ciudadanos extranjeros de una disposición por la que éstos aceptan la competencia de los tribunales nacionales y renuncian a la protección diplomática de su propio país y por el otro en la "doctrina Calvo" que es el reconocimiento institucional de ese principio, con suerte diversa, pues siempre Estados Unidos se opuso a ella.

La Novena Conferencia Panamericana (Bogotá 1948) consagró la doctrina Calvo en el ámbito regional con la Carta de la Organización de los Estados Americanos, cuyo artículo 15 dice: *"La jurisdicción de los Estados en los límites del territorio nacional se ejerce igualmente sobre todos los habitantes, sean nacionales o extranjeros ".* En la misma Conferencia se aprobó el Pacto de Bogotá, en cuyo artículo 7 se lee*: "Las Partes se obligan a no intentar reclamación diplomática*

para proteger a sus nacionales ni a iniciar al efecto una controversia ante la jurisdicción internacional cuando dichos nacionales hayan tenido expeditos los medios para acudir a los tribunales nacionales competentes del Estado respectivo ".

La doctrina Calvo inspiró la actitud de los países latinoamericanos que en 1964 rechazaron colectivamente el mecanismo de arbitraje internacional propuesto por el Banco Mundial, como recordamos más arriba **[34].**

La doctrina. Calvo figura en varias constituciones latinoamericanas. El artículo 116 de la Constitución argentina dice: *"Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación…y por los tratados con naciones extranjeras…"* **[35].**

La Constitución boliviana en el art. 24 dice*: "Las empresas y súbditos extranjeros están sometidos a las leyes bolivianas sin que en ningún caso puedan invocar situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas".*

La de Guatemala, art. 29: "Los extranjeros únicamente podrán acudir a la vía diplomática en caso de denegación de justicia". La Constitución salvadoreña, art. 98, dice: *"Ni los salvadoreños ni los extranjeros podrán reclamar al gobierno indemnización alguna por daños o perjuicios que a sus personas o a sus bienes causaran facciones. Sólo podrán hacerlo contra los funcionarios o particulares culpable*", y en el art. 99: *"Los extranjeros no podrán ocurrir a la vía diplomática sino en los casos de la denegación de justicia y después de agotados los recursos legales que tengan expedidos".*

La Constitución de Ecuador, art. 14: *"Los contratos celebrados por las instituciones del Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras llevarán implícita la renuncia a toda reclamación diplomática. Si tales contratos fueran celebrados en el territorio del Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña, salvo el caso de convenios internacionales"*.

La Constitución peruana, art. 63, 2° c*): "En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes u órganos jurisdiccionales de la República y se renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados en la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero",*

La Constitución venezolana, art. 151: *"En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras".*

Pese a estas claras disposiciones constitucionales, a la Carta de la OEA y al Pacto de Bogotá y a toda la tradición jurídica latinoamericana y pese a que el artículo 68 del mismo Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, del 18 de marzo de 1965 , que creó el CIADI dice: *"Este Convenio será ratificado, aceptado o aprobado por los Estados signatarios de acuerdo con sus respectivas normas constitucionales",* una quincena de Estados latinoamericanos, la mayoría en el decenio de 1990, adhirieron al Convenio aceptando así la competencia del CIADI.

En el ámbito internacional también ha quedado consagrada la doctrina Calvo.

El 17 de diciembre de 1973 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 3171 Soberanía permanente sobre los recursos naturales, en cuyo punto 3 se dice: *"Afirma que la aplicación del principio de la nacionalización por los Estados, como expresión de su soberanía para salvaguardar sus recursos naturales, implica que cada Estado tienen derecho a determinar el monto de la posible indemnización y las modalidades de pago, y que toda controversia que pueda surgir deberá resolverse de conformidad con la legislación nacional de cada uno de los Estados que apliquen tales medidas;… "*

El 12 de diciembre de 1974 la Asamblea General de la ONU aprobó la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados, cuyo artículo 2. 2 c) establece el derecho de los Estados a *"nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros pagando una compensación adecuada «teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes"».* Sigue diciendo que si la compensación es motivo de controversia, la cuestión *"será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que todos los Estados interesados acuerden libre y mutuamente que se recurra a otros medios pacíficos sobre la base de la igualdad soberana de los Estados y de acuerdo con la libre elección de los medios"*.

La última parte de la frase se refiere a un acuerdo entre los Estados en un caso particular y no a una renuncia general del Estado a su derecho soberano a la jurisdicción en el ámbito de su territorio, como se establece actualmente muchos tratados comerciales bilaterales **[36]**.

5. Detectar e invocar la existencia de vicios insanables en la celebración y aprobación de un Tratado que acarrean 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) que lleva el título Nulidad de los tratadosde la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Ya nos hemos referido al art. 53 de la Convención, que dice: :

"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"

Según el art. 46 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, pues, 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 derechos humanos, como los derechos a la salud, a la alimentación, a una vivienda adecuada, a la educación, etc.

También sería causa de nulidad la renuncia al ejercicio de algún otro precepto interno fundamental, como el examen por los tribunales nacionales de la conformidad de una ley o tratado con la Constitución. Esto puede ocurrir si el Tratado en cuestión confiere a tribunales arbitrales internacionales la solución de controversias entre las partes, pues en tales controversias pueden estar implicadas cláusulas constitucionales. Y el control de constitucionalidad es - por razones elementales de soberanía del Estado - de competencia exclusiva de los tribunales nacionales. Ya nos hemos referido más arriba a la doctrina Calvo y a su consagración en las normas nacionales e internacionales.

El artículo 50 de la Convención de Viena contempla como vicio del consentimiento susceptible de acarrear la nulidad de un Tratado, la corrupción del representante del Estado, efectuada directamente o indirectamente por otro Estado negociador.

Cabe examinar entonces, en el caso de un Tratado que contiene disposiciones manifiestamente violatorias de la soberanía del Estado y contrarias a los derechos fundamentales de la población, si las autoridades que lo suscribieron no han sido corrompidas para consentirlas.

El artículo 52 de la Convención de Viena dice: "*Es nulo todo Tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas*"

La amenaza o el uso de la fuerza debe interpretarse a la luz del artículo 2 inciso 4 de la Carta de las Naciones Unidas, que

prohibe la amenaza o el uso de la fuerza, sin distinguir entre fuerza armada u otra, y de diversas resoluciones de la Asamblea General que han condenado el empleo de la coerción económica. Además, la coerción económica es contraria a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, enunciados en los artículos 1 inciso 3 y 55, a diversas Declaraciones y Resoluciones de la Asamblea General propiciando las relaciones amistosas y la cooperación económica internacional.

Algunos internacionalistas sostienen que la prohibición del artículo 2 inciso 4 de la Carta de las Naciones Unidas se refiere únicamente a la fuerza armada.

Nosotros no compartimos dicha interpretación del artículo 2, inciso 4.

El inciso 4 del artículo 2 dice "fuerza", sin distinguir entre fuerza armada y no armada. Cuando la Carta se quiere referir a la fuerza armada, lo hace expresamente (artículos 41 y 46). El principio de interpretación dogmática donde la ley no distingue no debemos distinguir no autoriza entonces a excluir de la prohibición del inciso 4 a la fuerza no armada.

En la Conferencia de San Francisco donde se aprobó la Carta de la ONU, varios países sudamericanos propusieron que se mencionara expresamente en el inciso 4 la prohibición de la coerción económica y política. El rechazo de la propuesta sudamericana es interpretado a favor de su tesis por los partidarios de la interpretación restrictiva, es decir que la prohibición se refiere solo a la fuerza armada, pero se puede argumentar igualmente que la voluntad de quienes aprobaron la Carta fue no diferenciar entre fuerza armada y no armada y por eso no aceptaron la propuesta sudamericana pero tampoco agregaron el calificativo "armada" a la palabra "fuerza".

De todas maneras, a esta altura del desarrollo progresivo del derecho internacional, parece "inoportuno e innecesario tratar de reabrir el debate sobre el significado del término "fuerza" [en el inciso 4 del artículo 2 de la Carta], o especular sobre las razones por las que la propuesta latinoamericana sobre ese punto había sido rechazada en la Conferencia de San Francisco", como se dijo en 1992 en el debate de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de los Estados **[37]**.

Lo que interesa sobre todo es el estado actual del derecho internacional, en sus aspectos normativo, jurisprudencial y doctrinario, en materia de utilización de la coerción económica en las relaciones internacionales.

La Declaración de la Asamblea General de la ONU, de 26 de octubre de 1970, (AG 2625 (XXV)), relativa a los principios de derecho internacional sobre las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, particularmente el noveno párrafo del preámbulo y el tercer principio, así como la Declaración de la Asamblea General del 18 de noviembre de 1987 (Resolución 42/22) sobre el fortalecimiento de la eficacia del principio de la abstención del recurso a la amenaza o al empleo de la fuerza en las relaciones internacionales, particularmente varios párrafos del preámbulo y los artículos 7, 8 y 17, ambas Declaraciones adoptadas por consenso, recuerdan la prohibición de emplear entre los Estados medidas de coerción económicas, políticas o de otra naturaleza.

En 1989, la Asamblea General, adoptó, por 118 votos a favor, ninguno en contra y algunas abstenciones, la Resolución 44/215, condenando las medidas económicas utilizadas para ejercer una presión política y económica sobre los países en desarrollo. Y en 1991, la Asamblea General aprobó por consenso la Resolución 46/43 sobre la protección y seguridad de los pequeños Estados, en la que reconocía la vulnerabilidad de los pequeños Estados a las

amenazas exteriores y a las injerencias en sus asuntos nternos y señalaba la importancia vital para todos los Estados del respeto incondicional de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, especialmente los referidos a la igualdad soberana, la integridad territorial, la no injerencia en los asuntos interiores y el arreglo pacífico de las controversias.

También forma parte de la normativa internacional (jus cogens) la Declaración y Programa de Acción de Viena (25 de junio de 1993), que en la primera parte del artículo 31 de la Sección primera dice: *"La Conferencia Mundial de Derechos Humanos pide a los Estados que se abstengan de adoptar medidas unilaterales contrarias al derecho internacional y a la Carta de las Naciones Unidas que creen obstáculos a las relaciones comerciales entre los Estados...".*

En el ámbito regional, el artículo 19 de la Carta de la Organización de Estados Americanos dice: "Ningún Estado podrá aplicar o estimular medidas coercitivas de carácter económico y político para forzar la voluntad soberana de otro Estado y obtener de éste ventajas de cualquier naturaleza". Y el artículo 18 prohibe la injerencia - armada o no armada- de un Estado o grupo de Estados en los asuntos internos o externos de cualquier otro.

De modo que el ejercicio de presiones económicas para obligar a un Estado a celebrar un Tratado, corresponde a la amenaza o el uso de la fuerza a que se refiere el artículo 52 de la Convención de Viena y es, por lo tanto, una causa de nulidad del Tratado.

6. Invocar la nulidad de un Tratado celebrado por autoridades de un Estado que, al hacerlo, han excedido 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 ultrapasado 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 excedido una de las partes los límites de 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.

7. Promover iniciativas populares legislativas, referendos revocatorios o aprobatorios contra los tratados ya vigentes o en trámite de negociación, contrarios a la soberanía y a los intereses nacionales.

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. (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).

También 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.

En resumen. En los siete puntos precedentes se han examinado diferentes recursos destinados dejar sin efecto la vigencia de una serie de tratados bilaterales que han creado vínculos de subordinación de muchos países periféricos con el poder económico transnacional y las grandes potencias, que equivalen a una pérdida casi total de la soberanía nacional y a la supresión de aspectos esenciales del sistema democrático de gobierno.

Según las circunstancias concretas, esos recursos pueden invocarse y emplearse de manera separada o conjuntamente, todos o algunos de ellos.

Por cierto que no creemos que la sola invocación del derecho pueda producir el milagro de revertir una situación por demás difícil. Pero puede servir para ayudar a crear conciencia en los pueblos de que han sido despojados de sus derechos más elementales, tanto civiles y políticos como económicos, sociales, ambientales y culturales y de que sólo con su propia acción lograrán recuperarlos.

CONCLUSIÓN

La lucha contra el proyecto de Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) es de fundamental importancia en sí misma pero al mismo tiempo debe servir como revelador de un estado de cosas **ya existente,** del que es parte importante la red de tratados bilaterales que están en vigor o en trámite de celebración.

Por eso decimos que "el ALCA está entre nosotros" (parafraseando el título del film "Los asesinos están entre nosotros"), para significar que los centros del poder mundial **no se proponen someternos sino que ya nos han sometido** con la complicidad de gobiernos claudicantes, serviles y corruptos y que de lo que se trata es de emprender y desarrollar una verdadera lucha por la democracia participativa, política y económica, la autodeterminación nacional y el progreso social.

Algunos autores – "politólogos", economistas, sociólogos, etc. - teorizan acerca de que el actual estado de cosas es el resultado normal de una economía mundializada. Es una manera de decir que la democracia representativa y participativa, la justicia distributiva y el bienestar general son conceptos superados por la realidad de los hechos. Y que hay que aceptar que una minoría que nadie eligió, dueña del poder económico, que controla el poder político, los medios de comunicación social y todos los demás bienes y servicios por naturaleza sociales, decida sobre quiénes tienen acceso - o no - a los bienes y productos materiales y culturales que ellos mismos controlen o fabriquen e inciten a consumir.

Pero también la realidad de los hechos demuestra que cada vez más gente está actuando para (re)construir una sociedad democrática y participativa y para recobrar el poder de decisión sobre sus propias vidas y destinos.

PORQUE ESA GENTE PIENSA QUE OTRO MUNDO NO SÓLO ES POSIBLE, SINO NECESARIO.

Lyon, 16 de abril de 2005

[24] *No forman parte de un proyecto político nacional autónomo los gestos teatrales del Gobierno Kirchner cada vez que negocia con el FMI, proclamando a los cuatro vientos que no va a ceder y aceptando a último momento las exigencias del FMI, con el resultado de que Argentina queda cada vez más hipotecada al capital financiero internacional.*

Esta realidad no puede ser relativizada oponiéndola a algunas iniciativas espectaculares respecto de las gravísimas violaciones de los derechos humanos producidas durante la dictadura militar 1976-1983. No hay que olvidar que esas violaciones no fueron el resultado de la demencia criminal de los militares, sino de una política deliberada y planificada destinada a vencer la resistencia popular frente a un modelo capitalista salvaje y superexplotador. Si no se cambia ese modelo socioeconómico, que continúa vigente, la resistencia popular contra el mismo crecerá y tarde o temprano se volverá a la represión, de la que ya se advierten algunos signos precursores. Nadie puede pretender ignorar que los derechos civiles y políticos y los derechos económicos , sociales y culturales son indisolubles y están mutuamente condicionados.

El Gobierno de Kirchner no necesita improvisar para reconstruir la « gobernabilidad » del sistema, gravemente resquebrajada con la crisis de diciembre de 2001 : la « reconversión discursiva » para lograr el « nuevo consenso posliberal », ha sido objeto de cuidadosas elaboraciones, no las menos importantes las propuestas neoinstitucionales del Banco Mundial. Un excelente análisis de esto puede encontrarse en : América Latina : estrategias dominantes ante la crisis de Beatriz Stolowicz, trabajo incluido en el libro Los guardianes del dinero, las políticas del FMI en la Argentina, Naúm Minsburg,

coordinador, Grupo Editorial Norma, Buenos Aires, junio 2003. Lectura indispensable. Para un resultado final similar, el camino del Gobierno de Lula en Brasil fue exactamente el inverso al de Kirchner.

Kirchner, que llegó al Gobierno con algo más del 20 por ciento de los votos y no suscitaba esperanza alguna en las mayorías populares, llegó a obtener una altísima cuota de consenso aplicando la « reconversión discursiva ». Lula, en cambio, de quien las masas populares que le dieron su voto esperaban todo por sus antecedentes de dirigente sindical y sus promesas preelectorales, una vez en el Gobierno aplicó puntualmente las políticas fondomonetaristas y no cesa de pedirle « paciencia » a quienes lo votaron. Pero éstos comienzan a recuperarse del golpe de la decepción y a reclamar alto y fuerte un giro total en las orientaciones económico-financieras del Gobierno.Y en ambos Gobiernos se habla de lograr un « buen » ALCA, que es como hablar de tener un « buen » cáncer.

[25] *Pese a que se hizo una pequeña campaña en Argentina para señalar la posibilidad de denunciar el Tratado antes del 20 de octubre de 2004 y que algunas personalidades dirigieron una carta al presidente Kirchner en ese sentido, el Gobierno no hizo nada y el Tratado sigue vigente por tácita reconducción. Pero puede ser denunciado en cualquier momento, denuncia que en ese caso produce efecto un año después.*

[26] *Comisión de Derecho Internacional, Informe sobre los trabajos de su 51º periodo de sesiones, 3 de mayo –23 de julio de 1999. Asamblea General. Suplemento Nº 10(A/54/10), párr. 96.*

[27] *Asamblea General, A/CN.4/L.600, 11 de agosto 2000.*

[28] *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Los derechos humanos y las cuestiones relativas a la propiedad intelectual. Declaración del Comité. Naciones Unidas (E/C.12/2001/15) 14/12/2001, párr. 6.*

[29] *Citado por Marco Tulio Bruni Celli en El valor de las normas internacionales de protección de los derechos humanos en el derecho interno.*
www.disaster-info.net/desplazados/Venezuela/documentos/konrad

[30] *Bruni Celli, op. cit.*

[31] *Los incisos 22 y 24 del artículo 75 de la Constitución argentina establecen una clasificación compleja de los instrumentos internacionales, que Sagües divide en seis tipos. Véase Sagües, Los tratados internacionales en la Reforma Constitucional Argentina de 1994. Revista « La Ley » 1994 – E – 1036. Véase también nota 30 infra.*

[32] *Prof. Emilio Pfeffer Urquiaga, Constitución política de la República y tratados internacionales, Ius et Praxis, Año 2 Nº 2, Universidad de Talca, Chile, año 1997.*

[33] *Primera edición publicada en Paris en 1868 por Amyot, Libraire Diplomatique y Durand et Pedone-Lauriel.*

[34] *Véase nota 16.*

[35] *El inciso 24 del artículo 75 de la Constitución argentina admite una excepción a la prohibición de delegar competencias y jurisdicción: cuando dicha delegación se establezca en tratados en el marco de organizaciones supraestatales de integración que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Ni los tratados bilaterales que contienen dicha renuncia a la jurisdicción territorial, ni el Convenio que creó el CIADI, donde figura la misma renuncia, se han celebrado en el marco de organizaciones supraestatales de integración (como por, ejemplo, el MERCOSUR) ni en ellos figura compromiso alguno de respetar el orden democrático ni los derechos humanos.*

[36] *La ilegitimidad histórica, política y jurídica de los tribunales arbitrales internacionales destinados a dirimir conflictos entre los inversores extranjeros y los Estados es manifiesta, como se ha demostrado en la Sección V de este trabajo. Los Gobiernos, sin embargo, no han objetado su legitimidad. El Gobierno argentino, por ejemplo, hace algunas gesticulaciones demagógicas destinadas al consumo público al mismo tiempo que multiplica los actos de reconocimiento de la competencia de dichos tribunales. Hay que deplorar que el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y algunas otras organizaciones no gubernamentales de Argentina, en lugar de negarle legitimidad a dichos tribunales, se dedican a procurar legitimarlos intentando ser admitidas ante el tribunal arbitral a cargo del conflicto entre Aguas Argentinas (Suez – Lyonnaise des Eaux) y el Estado argentino. A ese fin han presentado un escrito titulado "Solicitan transparencia y participación en calidad de "amicus curiae" (amigos de la Corte)". En el escrito invocan los derechos humanos pero centran la argumentación en la transparencia del procedimiento ante el tribunal arbitral y dicen: "La legitimidad (nuestro el subrayado) tanto del laudo como del arbitraje se encuentra comprometida por el secreto que afecta al procedimiento".*

De modo que debe entenderse que, según el CELS, si el procedimiento se hace público, lo que es muy difícil que ocurra, pero no imposible, estaría a salvo la legitimidad del laudo y del arbitraje. El secreto del procedimiento es un vicio más que tienen estos juicios arbitrales. Pero no es el único ni el principal. Por otra parte, los profesionales del CELS no pueden ignorar que la invocación de los derechos humanos en

el marco de esos tribunales es de ningún efecto, pues ni el Convenio de Washington de 1965 que creó el CIADI ni los reglamentos de éste hacen alusión alguna a los derechos humanos. Tampoco lo hacen los TPPI ni los TLC. Es decir que si se han aceptado las reglas de juego del CIADI, de los TPPI y de los TLC, no hay lugar para invocar los derechos humanos ante un Tribunal arbitral constituido sobre la base de tales instrumentos.

En el plano internacional , el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), con sede en Washington, el CELS y otras ONG se dedican también a procurar legitimar dichos tribunales proponiéndose como amicus curiae en el diferendo entre Bechtel y otras sociedades transnacionales contra el Estado boliviano, que se ventila ante un tribunal arbitral en el marco del CIADI.

Con un enfoque diametralmente opuesto, 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 organizado por ILSA en Bogotá los días 29 y 30 de marzo de 2005.

[37] *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en el 44º período de sesiones, 4 de mayo a 24 de julio de 1992. AG, suplemento nº 10 (A/47/10), párrafo 246.-*